

***Les défis de l'éthicisation du droit :
validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois***

Thèse de doctorat en philosophie pratique

Par :
Emmanuelle Marceau

Directeur de thèse :

Monsieur André Lacroix
Professeur titulaire, Université de Sherbrooke

Co-directeur de thèse :

Stéphane Bernatchez
Professeur titulaire, Université de Sherbrooke

Université de Sherbrooke
Faculté des Lettres et sciences humaines
Département de philosophie et d'éthique appliquée
Campus de Longueuil

Résumé

Depuis quelques années, de nombreux auteurs soutiennent que le droit se redéfinit et se transforme. Certains affirment que cette transformation vise à répondre à la nouvelle donne sociale, tandis que d'autres avancent que ce redéploiement est essentiellement technique et répond à un besoin de plus grande efficacité. Peu importe toutefois que l'on soit partisan de l'une ou l'autre thèse, il nous faut convenir que le droit subit de profondes transformations qui ne sont pas sans conséquences. Au nombre de ces changements, le droit contemporain tend à intégrer de plus en plus de composantes éthiques, phénomène désigné par l'expression « éthicisation du droit ». Dans le cadre de la présente thèse, nous exposerons trois phases du phénomène d'éthicisation du droit, afin de nous concentrer sur l'une des composantes de la phase actuelle, soit les lois éthiques, en contexte québécois.

Cette thèse porte plus précisément sur les conditions de validité des lois éthiques, du point de vue de l'éthique. Afin d'explorer ces conditions de validité, nous cernerons d'abord les principaux cadres conceptuels nous permettant d'assurer l'ancrage conceptuel du nouveau discours juridique. Pour ce faire, nous exposerons d'abord les éléments pertinents du contexte sociologique et juridique dans lesquels s'inscrivent les lois éthiques. Nous explorerons ensuite les principales théories du droit et de l'éthique afin de bien caractériser les récentes transformations du droit. Cette double mise en contexte nous permettra de discuter de l'intégration de l'éthique au droit à partir du phénomène des lois éthiques. Pour analyser ce phénomène, nous utiliserons une grille d'analyse permettant d'éclairer deux orientations philosophiques des lois éthiques, soit l'approche principiste et l'approche réflexive, afin de poser les conditions de validité des lois éthiques, du point de vue de l'éthique. À terme, notre analyse nous permettra de discuter des rapports existant entre le droit et l'éthique et d'exposer les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques, tout autant que ses limites.

Mots clefs : transformations du droit, éthicisation du droit, lois éthiques et éthique.

Avant-propos

Ce travail est le fruit de recherches et de réflexions croisées en droit et en philosophie, et plus particulièrement, en éthique. La question de l'interface entre le droit et l'éthique apparaît comme l'une des plus pertinentes dans le contexte de changement de nos sociétés et de l'actuelle redéfinition du droit. Il est en effet de plus en plus convenu que nous assistons à un phénomène de transformation du droit qui tend à assouplir la force normative juridique (Thibierge, 2009) et répondre à la demande voulant introduire de plus en plus l'éthique dans la sphère publique. Ainsi, la perspective d'approfondir le rapport droit/éthique dans le contexte d'une thèse en philosophie pratique s'avérerait fort stimulante. En effet, elle nous permet de construire un cadre conceptuel à partir de deux disciplines, soit le droit et l'éthique, pour analyser les lois éthiques et en poser quelques conditions de validité, du point de vue philosophique.

Les récentes transformations du droit demeurent un terrain fécond. Nous n'avons pas la prétention d'en avoir exposé toute la complexité ou les avenues dans la présente thèse. Les promesses qu'elles annoncent afin de dépasser les insuffisances du droit et leur appel à l'éthique les rendent particulièrement intéressantes dans le contexte social actuel. En effet, depuis quelques années, d'aucuns soutiennent que le droit est en crise (Belley, 2002 ; Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Legault 2002-03; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Issalys, 1992 ; Mekki, 2009 ; Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000). Dans la foulée de mesures ou d'approches adoptées face à cette crise, les législateurs sont de plus en plus enclins à opter pour des mesures qui misent sur un rapprochement avec l'éthique, notamment par l'entremise de l'adoption de lois éthiques. Les lois éthiques réfèrent parfois explicitement à l'éthique. Bien que les lois éthiques constituent encore un défi pour le droit (Lalonde, 2001), elles témoignent d'une réelle évolution de nos sociétés qui dénotent un souci de plus en plus marqué pour l'éthique. C'est dans cette perspective que nous abordons les lois éthiques. Pour les fins de la présente thèse, nous étudions le nouvel espace éthico-juridique créée par les lois éthiques, afin d'en fournir un éclairage en matière

d'éthique. Plus précisément, nous poursuivions deux objectifs : d'une part, exposer les diverses orientations des lois éthiques eu égard aux divers courants en éthique et d'autre part, poser des conditions de validité des lois éthiques, sur le plan conceptuel.

Remerciements

Soyons reconnaissants aux personnes qui nous donnent du bonheur ; elles sont les charmants jardiniers par qui nos âmes sont fleuries.

Marcel Proust

Être aimé, c'est se sentir justifié d'exister.

Jean-Paul Sartre

La réalisation de cette thèse n'aurait pu être possible sans le soutien, la compétence, le respect et les encouragements de plusieurs personnes à qui je tiens à offrir ma plus profonde reconnaissance et mes sincères remerciements.

Tout d'abord, je tiens à exprimer mes plus vifs remerciements à André Lacroix, qui fut un directeur de thèse extrêmement attentif et disponible. Sa compétence, sa rigueur, son jugement et son expérience m'ont beaucoup instruite. De plus, sa confiance et son appui m'ont assurément donné la liberté de devenir la jeune chercheuse que je suis aujourd'hui. Son apport dans mon cheminement demeure l'un des plus significatifs. Ensuite, j'exprime toute ma gratitude à mon co-directeur, Stéphane Bernatchez. Sa générosité, son intelligence et son excellence ont sans l'ombre d'un doute contribué à la réalisation et la bonification de cette thèse. Son engagement depuis le tout début de mes travaux a largement dépassé les attentes et je lui témoigne toute ma reconnaissance.

Je remercie par ailleurs madame Lynn Lapostolle, directrice de l'Association pour la recherche au collégial (ARC), pour sa confiance inébranlable et son précieux partage d'expertise. La richesse de mon implication au déploiement de l'éthique de la recherche dans le réseau collégial, à titre de chargée de projet, à l'ARC, a assurément nourri ma réflexion pour la rédaction de cette thèse.

J'adresse également ma gratitude à toutes les personnes d'exception qui enrichissent ma vie personnelle et professionnelle. Je souligne plus particulièrement les encouragements et

la présence si significative de Louise Bernier, Myriam Atkinson, Raphaëlle Prince, Isabelle Goupil, François Taschereau, Monique Fournier, François Fournier et Marc Lemine. Je remercie également mes collègues et amis, que je ne saurais tous nommer: André Duhamel, Georges-Auguste Legault, Jean-François Malherbe, Pierre Bosset, Marie Hirtle, Sophie Tremblay et Stéphanie Kemp.

Les mots les plus simples étant les plus forts, j'adresse tout mon amour aux membres de ma famille qui ont su m'encourager et me soutenir depuis le début de mes études universitaires: Lucille Pelletier, Francine Deslauriers, Chantale Lavoie et enfin, tout particulièrement, ma mère, Michelle Marceau.

En terminant, je tiens à formuler une mention spéciale au soutien financier obtenu de l'Université de Sherbrooke pour la réalisation de cette thèse. J'ai eu le privilège de bénéficier de bourses de la Chaire d'éthique appliquée, ainsi que de la Faculté des Lettres et sciences humaines. Je suis extrêmement reconnaissante de ce soutien.

Table des matières

INTRODUCTION

1	Introduction	p. 1
2	Contexte sociologique	p. 7
	2.1 Hégémonie du droit	p. 11
	2.2 Extension, complexification et transformations du droit	p. 14
3	La redéfinition du droit	p. 18
	3.1 La révision de la force normative du droit	p. 19
	3.2 L'accent sur les destinataires de la norme	p. 20
	3.3 La médiation et les autres modes privés de règlement des différends	p. 22
	3.4 Le droit souple	p. 26
4	Entre éthicisation et remoralisation du droit	p. 28
5	Principales théories du droit	p. 33
	5.1 Introduction	p. 33
	5.2 Le droit naturel	p. 35
	5.3 Le positivisme juridique	p. 37
	5.4 Le réalisme juridique	p. 39
	5.5 Le pragmatisme juridique	p. 41
6	L'intégration de l'éthique au droit	p. 45
	6.1 Les « lois éthiques »	p. 51
7	Chapitre 1	p. 57
8	Chapitre 2	p. 58
9	Chapitre 3	p. 59
10	Chapitre 4	p. 60

CHAPITRE 1

1	Introduction	p. 62
2	Les insuffisances du droit	p. 64
3	L'éthicisation du droit	p. 69
3.1	Phase 1 : les Chartes et la transformation du rôle des juges	p. 72
3.2	Phase 2 : les alternatives au droit	p. 78
3.3	Phase 3 : le droit souple et les lois éthiques	p. 82
4	Le caractère hétéroclite de l'actuelle éthicisation du droit	p. 92
4.1	Définir l'éthique	p. 93
4.2	Composantes réflexives	p. 100
4.3	Composantes déontologiques	p. 105
5	Deux courants en philosophie	p. 109
5.1	Approche principiste	p. 109
5.2	Approche réflexive	p. 120
6	Conclusion	p. 128

CHAPITRE 2

1	Introduction	p. 131
2	Mise en contexte de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit	p. 134
2.1	L'évolution du modèle traditionnel du droit	p. 135
2.2	Brouillages juridiques	p. 139
2.3	Brouillages éthiques	p. 145
2.4	Les lois éthiques	p. 148
2.5	Le recoupement de l'approche principiste et de la déontologie	p. 149
3	Construction de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit	p. 152
3.1	Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes	p. 153
3.2	Caractère prescriptif de la norme juridique	p. 155
3.3	Caractère coercitif et punitif de la norme juridique	p. 157
3.4	Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique	p. 159
3.5	Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle	p. 162
3.6	Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques	p. 165
4	Grille d'analyse de l'éthicisation du droit	p. 168
5	Conclusion	p. 168

CHAPITRE 3

1	Introduction	p. 171
2	Méthodologie	p. 172
3	<i>Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale</i>	p. 177
3.1	Description	p. 177
3.2	Complétion de la grille d'analyse	p. 177
3.3	Justification et explication	p. 178
3.4	Conclusion	p. 181
4	<i>Loi concernant les soins de fin de vie</i>	p. 182
4.1	Description	p. 182
4.2	Complétion de la grille d'analyse	p. 183
4.3	Justification et explication	p. 184
4.4	Conclusion	p. 188
5	Projet de règlement <i>Code de déontologie des avocats</i>	p. 189
5.1	Description	p. 189
5.2	Complétion de la grille d'analyse	p. 190
5.3	Justification et explication	p. 191
5.4	Conclusion	p. 194
6	<i>Loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i>	p. 195
6.1	Description	p. 195
6.2	Complétion de la grille d'analyse	p. 197
6.3	Justification et explication	p. 198
6.4	Conclusion	p. 200
7	Conclusion	p. 201

CHAPITRE 4

1	Introduction	p. 204
2	Discussion sur les lois éthiques québécoises analysées	p. 206
2.1	Principaux résultats	p. 207
2.2	<i>Loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i>	p. 210
3	Relation entre droit et éthique	p. 218
3.1	La subsidiarité	p. 223
3.2	La complémentarité	p. 224
3.3	L'éthique comme compétence	p. 225
4	Quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois?	p. 227
5	Principales contributions	p. 236
5.1	Contributions théoriques	p. 236
5.2	Contributions pratiques	p. 237
6	Limites et pistes de recherche	p. 238
7	Conclusion	p. 240

CONCLUSION

- | | | |
|---|---|--------|
| 1 | Conclusion générale et retour sur la démarche | p. 242 |
| 2 | Sommaire des principaux résultats | p. 246 |

BIBLIOGRAPHIE

- | | | |
|---|---|--------|
| 1 | Documents légaux | p. 248 |
| 2 | Littérature en droit, sociologique et éthique | p. 249 |

ANNEXE

- | | | |
|--|---|--------|
| | Tableau de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit | p. 272 |
|--|---|--------|

INTRODUCTION

1 Introduction

La question du vivre-ensemble, plus précisément, celle du bien vivre-ensemble dans nos sociétés démocratiques, préoccupe tout autant les citoyens, les décideurs que les philosophes. En Occident, les experts et les citoyens reconnaissent les profondes transformations sociales en cours au sein de la sphère publique depuis le début des années 1970 (Beck, 1986 ; Boucher, 2001 ; Castel, 2005 ; Lipietz, 1996 ; Rocher, 1988, 1989, 1996 et 2001). Ces transformations sont à la fois profondes et complexes. Elles touchent diverses dimensions de la vie en société et remettent en cause plusieurs aspects de la structure des rapports sociaux. Ainsi, le philosophe, tout comme le sociologue d'ailleurs, se demande comment répondre au besoin de coordination/gestion de l'action collective, dans un contexte social en profonde transformation. Si Rousseau au XVIII^e siècle proposait le contrat social comme solution à la civilisation pour établir une organisation sociale « juste », force est de constater qu'aujourd'hui, la renonciation à la « liberté naturelle pour gagner une liberté civile » (Rousseau, 1762) ne saurait suffire pour penser l'action collective. Nos réalités sociales modernes, complexes et plurielles, ne sauraient s'envisager uniquement sur la base du contrat social. D'autres mécanismes que la seule force de l'État social sont maintenant nécessaires pour maintenir et réguler l'action individuelle et collective. C'est ainsi qu'à notre époque, divers modes de régulation sont requis afin de régir la société, dans un contexte social en profonde mutation, voire en pleine crise.

Les transformations sociales actuelles prennent divers visages et s'incarnent dans plusieurs phénomènes sociaux, tant publics que privés. Par exemple, dans l'espace public, la pression que font subir les lobbies aux États occidentaux, engendre un effritement du lien social (Boucher, 2001) et peuvent donner lieu à de la discrimination, de l'intimidation, de la collusion et de la corruption. À cet effet, au Québec, la *Commission d'enquête sur*

*l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*¹, plus familièrement appelée la *Commission Charbonneau*, expose quotidiennement, à l'occasion de ses travaux, des activités de collusion et de corruption dans l'octroi et la gestion de contrats publics dans l'industrie de la construction. À l'heure d'écrire ces lignes, les allégations de collusion et de corruption relatés à la *Commission* engendrent de profonds malaises et mènent à reconsidérer l'action politique et les mécanismes de gestion du vivre-ensemble au sein de la société civile québécoise.

De son côté, la famille a aussi connu d'importantes modifications. L'espace privé autrefois largement organisé selon le modèle de la famille traditionnelle est entré dans un « (...) nouveau processus de transformation dont l'aboutissement est difficile à prévoir » (Boucher, 2001). Le modèle patriarcal de la famille est ainsi profondément remis en question par différents facteurs. En effet, l'actualité regorge encore à ce jour des déchirements sociaux qui divisent les citoyens à l'égard de certaines pratiques entourant la famille, tels le mariage homosexuel, la reconnaissance des droits sociaux aux conjoints de même sexe et l'adoption par ces couples. Dans le même ordre d'idées, la précarisation du monde du travail (Hélardo, 2005) et l'omniprésence des technologies dans notre quotidien constituent d'autres phénomènes qui témoignent des transformations hétéroclites et profondes en cours.

Bref, les exemples foisonnent pour illustrer le constat suivant : la société traditionnelle et homogène de jadis a véritablement disparu pour faire place à une société marquée par un pluralisme sans précédent (Veca, 1999). Nous débutons la présente thèse en prenant acte de quelques-unes des transformations sociales actuelles. Cette mise en contexte nous amène tout naturellement à soulever la question suivante : dans ce contexte social pluriel et fragmenté en mouvance, comment désormais réguler l'action individuelle et collective? Le droit, tout comme l'éthique, sont des modes de régulation qui cherchent à coordonner, réguler et harmoniser les actions et comportements des individus dans la société. Ils tendent à rendre compte ou à baliser les comportements dans ce contexte social

¹ <https://www.ceic.gouv.qc.ca/la-commission.html>. Consulté le 22 juillet 2014.

désormais pluraliste et en évolution. Or, les profondes transformations sociales actuelles affectent et redéfinissent les besoins à l'égard des modes de régulation sociale déployés depuis plusieurs siècles pour assurer, formellement ou informellement, la cohésion et le bon fonctionnement de nos sociétés (Dubar, 2006 ; Taylor, 1992 ; Veca, 1999). Pour mieux comprendre cette évolution, nous définirons dans un premier temps le concept de mode de régulation. Au nombre des modes de régulation, l'éthique se relève particulièrement intéressant à notre étude de par la notion de réflexivité qu'elle mobilise. Nous aborderons cette notion essentiellement par l'entremise des travaux de Giddens (1987 et 1994). Par la suite, nous serons à même d'entamer notre étude sur les transformations du droit, en exposant les diverses ramifications de la redéfinition actuelle du droit. Mais qu'est-ce que plus précisément un mode de régulation ?

Les travaux de Reynaud définissent le concept de régulation sociale (1997). Reynaud a mis en évidence le fait que les modes de régulation sociale assurent la coordination de l'action publique (Reynaud, 1997) en traduisant les procédures et les comportements sociaux qui soutiennent et pilotent un groupe de personnes ou une institution. Pour Reynaud, il appert qu'un mode de régulation sociale renvoie à un ensemble de mécanismes qui permettent aux personnes et aux formes institutionnelles a priori indépendantes de former un système, à partir de règles. Reynaud (1997) réfère à cet égard à la régulation comme « capacité à produire des règles ». Les règles renvoient aussi bien au domaine de la règle juridique qu'à celui de la règle morale, de la norme formelle et de la norme informelle (Reynaud, 1997).

Si la notion de régulation peut être utilisée en des sens différents, de manière générale, elle désigne et rend compte de la variété des échanges sociaux qui s'emboîtent, des « différents niveaux de décision qu'il faut articuler, des relations entre des éléments hétérogènes qu'il faut coordonner, des ajustements entre de multiples actions qu'il faut faire » (De Terssac, 2012, citant Thoenig, 1998, p. 36). La vie des règles, leur élaboration et leur renouvellement constituent, selon De Terssac (2012), une régulation sociale qui est l'objet même de la *Théorie de la Régulation Sociale* que Reynaud a élaborée. Pour De Terssac, la théorie mise de l'avant par Reynaud « permet de comprendre les modalités de

construction d'obligations sociales auxquelles les individus se soumettent, du fait que ces règles sociales sont le produit endogène de leurs relations » (De Terssac, 2012, p. 8). Bref, d'aucuns ne pourraient nier l'importance du rôle des divers modes de régulation au sein d'une société. Afin d'anticiper les liens avec les transformations du droit, il convient ici d'identifier les divers modes de régulation à l'œuvre dans nos sociétés.

Les modes de régulation sociale évoqués par Reynaud peuvent être regroupés de différentes manières. En partant des travaux de Raynaud, Boisvert et als. (2003) ont pour leur part proposé cinq regroupements, en fonction de cinq formes de motivation et d'une dimension réflexive propre à l'éthique. La typologie de Boisvert et als. (2003) a été largement reprise, tant par les chercheurs que les organismes gouvernementaux québécois. Les cinq regroupements proposés par Boisvert et als. sont : l'éthique, la déontologie, le droit, la morale et les mœurs. Selon les chercheurs, ces cinq modes de régulation encadrent les comportements des individus au sein d'une collectivité. Au quotidien, ces modes de régulation agissent parfois de manière autonome, parfois de manière concomitante, afin de réguler l'action humaine. La dimension réflexive revêt une place singulière chez Boisvert et als. et caractérise l'éthique. L'émergence d'une réflexivité rehaussée au sein des divers modes de régulation témoigne d'un souci éthique et d'une mise en place d'une pratique réflexive.

Tel que souligné précédemment, cette proposition méritera une attention accrue dans la présente thèse. En effet, le droit fait de plus en plus appel à l'éthique dans sa redéfinition actuelle. Le droit s'assouplit, ce qui permet de revisiter la formule plus autoritaire et prescriptive du droit (Thibierge, 2009). Si l'on considère qu'il s'assouplit, c'est que « traditionnellement, le droit est défini par sa fonction spécifique qui consiste à ordonner, à prescrire, à interdire » (Mekki, 2009, p. 5). Abondant en ce sens, Amselek souligne le caractère prescriptif des actes juridiques (1990). Ainsi, cette vision traditionnelle du droit se modifie. À cet égard, la juge Otis remarque que le « système classique de justice civile », soit un système fondé sur un mode processuel au sein duquel le juge tranche les litiges des parties en litiges (système de justice contradictoire), se transforme (2001, p. 63). Pour sa part, Rocher remarquait, il y a déjà près de vingt ans, que le mode d'intervention du

droit repose sur la prise de contrôle (1996), mais qu'il gagnerait à inclure une intériorité que permet l'éthique. Afin d'aborder ces nuances et plus largement, l'évolution du droit, dans cette thèse, nous désignerons la forme du droit plus autoritaire, prescriptive, coercitive et dominante comme étant la version classique ou traditionnelle du droit. C'est en opposition à ce modèle que d'aucuns observent aujourd'hui que le droit se transforme et devient plus flexible, réflexif et adaptable (Mekki, 2009). Nous aborderons ces transformations. C'est ainsi que de nos jours, plusieurs considèrent que le droit comporte désormais diverses « textures » (Mekki, 2009).

La révision du droit semble s'effectuer au profit d'une réflexivité rehaussée des destinataires de la norme, tel que nous l'explorerons. Afin de poser d'ores et déjà les bases sociologiques pour amorcer l'étude de ce phénomène, nous pouvons évoquer, parallèlement et de manière complémentaire aux travaux de Reynaud et Boisvert et als., les écrits du sociologue Giddens (1984). Le passage par les écrits de Giddens nous permet de saisir le concept de réflexivité, désormais déployé au sein des divers modes de régulation dans la formation des règles, des normes formelles et informelles. Ainsi, la « capacité à produire des règles » dont traite Reynaud (1997) trouve écho chez Giddens qui articule un tableau régulateur et réflexif novateur. Voyons ceci d'un peu plus près.

Giddens formule une théorie de la structuration. Selon l'auteur, la structure sociale est le fruit d'une construction permanente, sans cesse réactualisée par les acteurs sociaux en situation. Les acteurs mettent en œuvre une réflexivité autonome pour penser la sphère publique. Selon Giddens, les individus ont une « conscience discursive » qui suppose que les « individus sont capables d'exprimer non seulement les raisons de ce qu'ils font mais aussi de contrôler ce qu'ils ont fait, de porter un regard critique, bref de faire preuve de " réflexivité " » (Mesure et Savidan, 2006). La conscience discursive octroie une liberté nouvelle : les individus peuvent décider de leur action, en choisissant de reproduire ou non un comportement. La réflexivité des personnes constitue un des supports principaux du changement social actuel, elle permet de repenser la structure sociale, voire de déstabiliser l'ordre établi. Le modèle de référence de Giddens emprunte à « E. H. Erickson, G. Mead, S. Freud, et conçoit l'individu avec plusieurs niveaux ou instances » (Mesure et

Savidan, 2006). Il s'agit d'une « stratification de l'agent » qui permet de comprendre comment l'action ne peut pas être confondue avec la répétition. Ainsi, la réflexivité « ouvre le jeu » (Mesure et Savidan, 2006).

L'apport sociologique de Giddens est l'un des plus connus et reconnus dans le monde (Mesure et Savidan, 2006). Il démontre en quoi la socialisation, « c'est-à-dire l'intériorisation progressive des règles de la société, ne forme pas le seul lien entre l'individu et la société, [mais] la relation entre les deux ordres s'opère aussi par la conscience discursive » (Mesure et Savidan, 2006). Bref, le modèle de Giddens met de l'avant le rôle d'une réflexivité unique dans le processus social. C'est ainsi que Giddens pose un regard inédit sur les transformations sociales à l'œuvre dans nos sociétés, en mettant particulièrement en lumière la dimension réflexive, qui se taille une place de plus en plus importante. Le sociologue a assurément inspiré des recherches québécoises récentes dans le domaine de l'éthique, dont Boivert et als. (2003), puisqu'elles accordent une place centrale à la notion de réflexivité. Ceci est particulièrement vrai pour la recherche menée par Boivert et als. (2003).

En contexte québécois, la lecture proposée de modes de régulation sociale par Boisvert et als. (2003) est d'autant plus intéressante qu'elle prétend tout à la fois rendre compte de cette réflexivité, ainsi que des principaux modes de régulation sociale en présence dans notre société. Cette typologie reflète la complexité de nos sociétés pluralistes, notion abordée par d'autres, dont Veca (Veca, 1999). Ce serait d'ailleurs en raison de ce pluralisme que les modes de régulation sont présentement en pleine redéfinition au Québec, selon Rocher (1989, 1996 et 2002) et Legault (2001a et 2002-03). Pour ces auteurs, les principaux modes de régulation sociale doivent en effet désormais refléter la diversité des modes de vie et de régulation qui caractérisent nos sociétés en pleine évolution. Et parmi eux, le droit constitue probablement le mode de régulation qui se transforme le plus à l'heure actuelle, et ce, tant aux plans sociologique qu'épistémologique. À un point tel que d'aucuns réfèrent à une véritable « mutation du droit » (Mockle, 2007), une « mutation génétique » (Zabregelsky, 2000, p. 35), une « crise de la loi » (Issalys, 1992) ou un véritable « séisme qui ébranle les bases » du droit (Ost et Van de Kerchove,

2002, p. 12). De l'avis de plusieurs, le droit serait en profonde transformation (Belley, 2002 ; Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Lenoble, 2002-03, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck, 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Legault 2002-03 ; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Issalys, 1992 ; Mekki, 2009 ; Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000). Or, soulignons que ce constat n'est pas nouveau. Déjà en 1963, des auteurs tels Batiffol, Carbonnier, Ellul, Villey et autres faisaient état du déclin de la loi, d'une crise du droit, ainsi que d'une « enquête » sur son dépassement dans une publication qui propose un véritable examen critique de ces questions, parue dans la revue *Archives de philosophie du droit* (1963).

Pour reprendre la terminologie de Kuhn (1972), l'accord autour de la « science normale » en droit connaît des « anomalies » qui remettent en question le « paradigme dominant ». En droit, l'adhésion au modèle hiérarchique traditionnellement admis (« étatiste, positiviste et monologique ») depuis le début du 20^e siècle est fortement remis en cause, et ce de diverses manières et de plusieurs « côtés » (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 13). Plusieurs s'attardent donc à formuler des théories alternatives au plan épistémologique afin de camper ces nouvelles formes du droit (Lenoble, 2002-03, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck, 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Ost et Van de Kerchove, 2002) car les frontières « du fait et du droit se brouillent » (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 13) et nécessitent des concepts hybrides pour les réfléchir. Le droit prend différentes formes. Il devient parfois plus « liquide », plus « gazeux », tel que le rapporte Belley (1996). Certains affirment même que le droit est devenu un véritable « caméléon » (Sousa Santo, 1987, p. 298).

2 Contexte sociologique

Le contexte social évoqué ci-haut accentue et oriente les modifications actuelles du droit, tel qu'en témoigne sa tendance de plus en plus marquée à étendre son action pour couvrir de nouveaux phénomènes sociaux, qui étaient jusqu'ici encadrés par la morale et d'autres formes de régulation sociale. Pour prendre en compte la nouvelle donne sociale et réguler

les phénomènes qui impliquent une incontestable dimension morale, le droit a de plus en plus recours à l'éthique ou à la morale, desquels il s'était pourtant distancié sous l'essor de la Modernité. Weber, tout comme Kelsen d'ailleurs, a décrit la rupture progressive entre le droit et les valeurs.

Weber envisage le droit comme un système de normes, un ordre empirique, qui a été soumis à un long processus de systématisation et de « désenchantement ou de rationalisation » (1918). La rationalisation réfère ici à une volonté de contrôle et de domination systématique de la nature et des hommes et demeure lié au capitalisme moderne, c'est-à-dire au système économique apparu en Occident, à la fin du Moyen Âge (1918). Le phénomène de « désenchantement » du monde demeure intimement lié au processus de rationalisation: pour Weber, le monde occidental se caractérise par la disparition de la croyance en la magie et, plus largement, par l'effacement de la croyance dans l'action de Dieu dans le monde. Tel que le remarque Weber, la rationalisation du droit, caractérisée par son détachement de sa dimension axiologique, a donné lieu à l'émergence d'un droit purement formel où la légalité, la logique juridique et la prévisibilité de l'application de la règle se sont substituées à la morale, à l'éthique et aux valeurs, comme fondement de sa légitimité (Heurtin et Molfessis, 2006).

Historiquement, le droit a donc cherché à se distinguer de la morale et de l'éthique en imposant des obligations légales corrélées de sanctions en cas de manquement à la règle de droit. C'est ainsi que le droit avait comme objectif premier de définir ce qui est permis ou défendu par la règle instituée par une autorité légitime dans une société donnée. En ce sens, la règle de droit délimitait l'autorisation d'agir sans crainte d'être poursuivi par l'État, le détenteur légitime de l'autorité au sein de nos sociétés modernes, et assurait la sanction des actes dérogatoires. C'est en ces termes que nous avons qualifié le modèle classique ou traditionnel du droit, aux pages précédentes. Dans cette perspective, le droit se distingue des autres modes de régulation par le fait même qu'il balise les comportements à l'aide de normes juridiques et de sanctions établies par une autorité légitime (Kelsen, 1960). Tel que nous le définirons sous peu, cette vision du droit est

largement associé au positivisme juridique. Or, cette vision traditionnelle du droit, largement admise et partagée au sein de la communauté juridique, tend à se modifier.

Les auteurs adoptent un vocabulaire et des concepts variés pour qualifier l'actuelle transformation du droit. Nous retenons plus particulièrement deux auteurs, Ronald Dworkin et Georges-Auguste Legault, de par la pertinence ainsi que les divergences de leurs points de vue respectifs. Cette divergence nous permet de mettre en lumière deux orientations fondamentales dans la qualification des transformations actuelles du droit, soit la remoralisation et l'éthicisation du droit. En effet, Dworkin (1986), philosophe américain dont les travaux portent essentiellement sur la philosophie du droit, réfère à une remoralisation du droit dans l'espace publique par un appel aux principes, tandis que Legault, philosophe québécois dont plusieurs écrits traitent des questions relatives aux fondements du droit et à l'éthique appliquée, soutient que nous assistons à une redéfinition du droit (Legault, 2002-2003), phénomène qu'il nomme « éthicisation du droit » (Legault, 2001a, 2001c et 2011a ; voir également Lalonde 2003a). Dworkin insiste sur l'importance de prendre le droit au sérieux et d'en étendre son emprise dans une perspective assez classique où l'on met l'accent sur l'interprétation du juge qui implique la remoralisation du droit. Dans un écrit récent, il affirme même que le droit est en fait une branche de l'éthique (2011). Legault en appelle quant à lui à la délibération : il s'agit de la raison pour laquelle il qualifie le phénomène de transformation du droit d'« éthicisation du droit ». Il insiste sur l'importance de redonner au droit un espace de contextualisation qui passe par un appel aux valeurs. En ce sens, l'approche de Legault permet d'« ouvrir » le droit (délibération, appel aux valeurs, etc.), tandis que celle de Dworkin permet d'étendre l'« empire » du droit à la morale (1986), à l'éthique (2011).

Sommairement, nous dirons dans le cadre de cette thèse que l'éthicisation du droit (Legault, 2001a, 2001c et 2011a ; voir également Lalonde 2003a) réfère au phénomène d'emprunt ou de renvoi du droit à l'éthique, ce qui se traduit parfois par une intégration explicite de l'éthique au droit et parfois par une inclusion implicite ou indirecte de l'éthique au droit. Dans le deuxième cas de figure, citons l'exemple des phénomènes suivants, que nous décrirons plus exhaustivement subséquemment, soit le

fait que le droit devienne plus axiologique, c'est-à-dire qu'il s'appuie explicitement ou implicitement sur des valeurs, ou le fait qu'il devienne plus réflexif, c'est-à-dire qu'il reconnaît au citoyen la possibilité de réfléchir le comportement devant être adopté. En ce sens, le droit laisse désormais une place plus soutenue aux destinataires de la norme et va vers d'autres avenues que celles de l'obligation et de la sanction. Nous qualifierons ces phénomènes de manière plus détaillée ultérieurement. Pour l'heure, nous remarquons que bien que de telles prétentions restent encore controversées, et qu'aucune ne fasse l'unanimité, elles ont le mérite d'illustrer très clairement que le droit multiplie les emprunts à la morale et à l'éthique pour réguler l'espace public. Bien que forts intéressants, de tels rapprochements entre le droit et l'éthique ne vont pas sans soulever un certain nombre de tensions d'ordre épistémologique entre éthique, morale et droit, tensions qu'il convient d'analyser pour être à même de bien discerner et mesurer les conséquences de tels rapprochements.

Ces rapprochements se remarquent particulièrement bien au sein du phénomène que constituent les lois éthiques. Afin de réfléchir ce rapprochement, dans cette thèse, nous nous attarderons aux conditions de validité conceptuelle de l'actuelle éthicisation du droit, par l'étude plus ciblée d'une transformation, soit les lois éthiques. Tel que nous l'expliquerons, les lois éthiques réfèrent explicitement ou implicitement à l'éthique et laissent une autonomie plus ou moins importante aux destinataires de la norme dans l'interprétation, la construction ou la mise en œuvre de la norme. Pour bien cerner ce phénomène, nous brosserons d'abord un portrait de l'hégémonie sociologique du droit, suivi des principales transformations qui caractérisent le droit moderne. Cette démarche nous permettra de mieux comprendre la mutation du droit et de poser les cadres conceptuels indispensables à notre analyse. Nous dégagerons par la suite deux approches, deux perspectives, que l'on remarque relativement à la transformation du droit. La première décrit un appel à la remoralisation du droit en raison du contexte social, lu à travers la compréhension de la Modernité de Dworkin, et la seconde indique un changement plus rehaussé et présente un droit plus réflexif et délibératif. Elle témoigne d'une « ouverture » du droit à l'éthique. Pour la décrire, nous nous appuierons sur les écrits de Legault qui s'est affairé à conceptualiser le rapport droit/éthique/morale durant

plusieurs décennies. Nous ferons par la suite un détour par la philosophie du droit pour comprendre les divers éléments constituant l'arrière-plan théorique des transformations du droit, en explorant les principaux courants en théorie du droit. Cette étape nous permettra d'illustrer qu'une théorie contemporaine, soit l'approche pragmatique du droit, propose une lecture originale du droit, au plan épistémologique, qui cerne l'actuelle redéfinition du droit.

2.1 Hégémonie du droit

De l'avis de plusieurs, le droit est devenu omniprésent dans nos sociétés démocratiques. La place prépondérante qu'il occupe en tant que mode de régulation privilégié, a été reconnue, expliquée et commentée par plusieurs auteurs d'horizons variés. D'abord, Dworkin, que nous avons déjà évoqué, qualifie le droit de véritable « empire » (Dworkin, 1986), au sens d'un discours qui impose sa propre logique au vivre-ensemble. L'apport de Dworkin en philosophie du droit est reconnue, notamment pour la constante interaction qu'il décrit entre les théories morale et politique et la pratique du droit (Dworkin, 1986). Les propositions que le philosophe américain a avancées dans les années 1970 et 1980 ont également trouvé écho chez des auteurs européens. Par exemple, Terré s'est penchée sur le constat de la « juridicisation » croissante et du panjuridisme des sociétés occidentales. Suivant une logique habermassienne, ce phénomène réfère à la « colonisation du monde vécu » par le droit (Habermas, 1997 ; Terré, 2007, p.1). Ces constats au sujet de l'hégémonie du droit, formulés par des auteurs américains et européens, n'ont pas manqué de se tailler une place dans les écrits des chercheurs québécois qui s'attardent à ces questions.

Ainsi, plus près de nous, les auteurs québécois Lacroix, Lalonde et Legault, ont effectué plusieurs recherches et publié sur les thèmes du droit, de l'éthique et de la médiation. Ils remarquent quant à eux que « (...) le droit a été de plus en plus mis à contribution pour solutionner non seulement des problèmes juridiques, mais aussi des conflits liés à des questions de morale publique et d'éthique (...) » (2002/03, p. 4). Ces auteurs affirment

ainsi que le droit a été considéré comme « mode privilégié et monolithique de régulation de nos sociétés » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002/03, p. 3).

Pour sa part, Lacroix soutient que la tentation de « normer » les comportements est omniprésente dans nos sociétés modernes. Or, selon lui, cette tentation est néfaste. Elle se révèle insuffisante pour répondre aux besoins complexes des sociétés et des citoyens car elle risque d'effacer ou de diminuer l'apport des autres modes de régulation, pourtant essentiel au bon fonctionnement des sociétés démocratiques modernes. Dit autrement, le problème, selon Lacroix, réside dans le fait que l'on s'en remet presque exclusivement à la norme dans nos rapports à autrui au détriment de la réflexion et la délibération. Lacroix affirme qu'il faut préserver une place à la réflexion éthique et envisager les divers modes de régulation en complémentarité, afin de véritablement répondre à la donne sociale actuelle (Lacroix, 2011) et plutôt que de chercher à intégrer l'éthique dans le discours juridique et ainsi subordonner le premier au second. Nous aurons l'occasion de revenir sur les interactions possibles entre les divers modes de régulation et la proposition de Lacroix, au chapitre 4 de la présente thèse. Pour l'heure, retenons que le repli, voire l'effacement, des autres modes de régulation au profit d'un droit hégémonique se révèle problématique pour ce chercheur et qu'il en appelle à un déploiement libre et autonome de la pensée. La proposition que formule Lacroix s'inscrit dans le cadre réflexif défendu par Giddens et Weber, qui en appellent à une « conscience discursive » qui suppose que les individus expriment librement les raisons de leurs actions et puissent poser un regard critique, et ainsi « faire preuve de réflexivité » (Mesure et Savidan, 2006). En ce sens, la conscience discursive ne pourrait s'envisager strictement dans un rapport normatif au monde et à autrui. Elle requiert une certaine liberté et une autonomie pour la mise en œuvre de la pensée.

De la même manière, Bégin observe également l'hégémonie du droit et dénonce quelques enjeux relatifs à cette hégémonie. Il relève par exemple que le droit en vient à se substituer à la morale, ce qui pose un certain nombre de problèmes. À ses yeux, l'un des principaux effets pervers de cette substitution tient dans l'excès de « judiciarisation » qu'elle produit. En effet, en plus de diminuer la place disponible pour les autres modes de

régulation dans nos sociétés, ce phénomène comporte des conséquences au sein même des autres modes de régulation, qui tendent de plus en plus à se « judiciariser » (Bégin, 1998). La « juridicisation » de l'éthique constitue à cet égard un exemple de problématique associée à la tendance actuelle à la « judiciarisation » (Bégin, 1998)². Il s'agit d'un problème de taille que nous aborderons plus minutieusement. Bégin dénonce la dépendance ainsi engendrée en soutenant qu'« on crée des conditions nous plaçant dans la nécessité de recourir à encore davantage de droit » (Bégin, 1998, p. 359). Dit autrement, l'expansion du droit se construit par la mise en place de normes juridiques, au détriment des autres modes de régulation, identifiés par Boisvert et als. (2003), qui prônent une liberté et une autonomie rehaussée pour la mise en œuvre de la pensée.

Bref, le droit assume et occupe un espace croissant dans la régulation des actions humaines. Bien que pour des raisons en partie différentes, ces chercheurs identifient un certain nombre d'enjeux que pose l'hégémonie du droit, dont la juridicisation de l'éthique et la diminution de l'apport des autres modes de régulation au profit d'un seul mode, soit le droit. Au-delà de ces enjeux, ou en raison de ces enjeux, ils insistent tous sur le fait que le droit s'impose comme le mode de régulation prépondérant dans nos sociétés démocratiques. Le constat d'hégémonie du droit est quasi unanime : la société se « trouve [désormais] saisie par le droit » (Terré, 2007, p.1). À la lumière des mises en garde des chercheurs, il convient de repenser cette hégémonie dans la perspective du vivre-ensemble. Ainsi, une autre dimension plus problématique liée à l'hégémonie de droit est que ce phénomène se produit dans un monde de plus en plus complexe, ce qui peut mener l'homme à vouloir se redéfinir en marge d'une quelconque norme, qu'elle soit juridique ou autre.

² Nous pouvons ici distinguer deux phénomènes : la judiciarisation et la juridicisation. Le premier réfère à une augmentation des recours devant les tribunaux, tandis que le second renvoie à l'extension du droit dans d'autres domaines (Pélisse, 2009).

2.2 Extension, complexification et transformations du droit

L'accroissement de la complexité du monde entraîne une demande toujours plus grande pour encadrer ces nouveaux comportements et définir les nouvelles attentes de la société. C'est donc à une véritable inflation normative que nous assistons, inflation normative qui renforce la présence du droit et contribue à produire une véritable hégémonie du droit, et ce, soulignons-le de nouveau, au détriment des autres modes de régulation sociale. Dans les faits, cette demande pour le droit s'inscrit dans les dynamiques propres aux États de droit qui caractérisent la Modernité.

À ce titre, le Conseil d'État de France publiait en 2006, un rapport intitulé *Sécurité juridique et complexité du droit* (2006a), dans lequel les auteurs constatent la complexification du champ juridique. Ils démontrent que la complexité de nos sociétés demeure intimement liée à la prolifération et la complexification des normes juridiques. Dans ce rapport, les auteurs admettent que l'accroissement des normes s'explique par l'apparition de « vides juridiques », créés par les récentes transformations sociales, technologiques et humaines. Pour le Conseil d'État de France, la complexité des sociétés rend le droit plus complexe.

Que l'on soit partisan de la thèse voulant que la complexité des sociétés rend le droit caduc (Delmas Marty, 2008), sur laquelle nous reviendrons d'ailleurs, ou, plus modestement, que la complexité des sociétés rend le droit plus complexe (Conseil d'État de France, 2006a ; Doat, Le Goff et Pedrot, 2007), force est de reconnaître l'existence de cette complexité. Ainsi, le monde et le champ juridique se complexifient. Ceci entraîne évidemment quelques conséquences. L'une de ces conséquences de la complexification du monde et du droit est l'apparition de « vides juridiques » qui sont autant de situations inédites non-couvertes par la législation existante. Dit autrement, les vides juridiques désignent l'absence de normes applicables à une situation donnée. Ils demeurent liés à la complexification du droit puisqu'ils se révèlent des terrains féconds pour ériger de

nouvelles lois³ (Terré, 2007, p.10). L'apparition de faits nouveaux, telle une innovation scientifique ou technologique, ou encore, l'évolution des mœurs, crée des situations parfois inattendues qui nécessitent un ajustement législatif. Ainsi, les changements actuels créent des « vides juridiques » qu'il faut combler rapidement par l'adoption de nouvelles lois (Terré, 2007, p.10) au point où les « vides juridiques » « (...) sont le plus puissant accélérateur de la colonisation du monde vécu par le droit » (Terré, 2007, p.10). En ce sens, les contextes pluralistes changeant nourrissent l'inflation du droit et accentuent sa complexification et son omniprésence au sein de nos sociétés, en même temps qu'ils témoignent des insuffisances constantes et récurrentes du droit.

Qui plus est, force est de constater que l'inflation normative actuelle n'est pas homogène. En effet, l'extension du droit prend plutôt diverses formes. Le spectre est varié et laisse parfois le juriste perplexe. Par exemple, la place croissante de la médiation au sein même du système judiciaire (Lalonde, 2002-03, 2003a, 2005 et 2009 ; Legault, 2001a, 2002-03 et 2011a ; Noreau et Amor, 2004 ; Otis, 2005) et l'appel croissant aux destinataires de la norme (Martucelli et De singly, 2009 ; Mekki, 2009 ; Thibierge, 2009) constituent des nouveautés auxquelles les juristes doivent s'adapter. Ces développements récents en droit répondent au contexte sociologique changeant, évoqué en introduction (Giddens, 1987 et 1994). Ainsi, en réponse au pluralisme et à l'émergence d'une réflexivité nouvelle, le droit n'est plus un concept lisse et uniforme, tel que nous pouvions le concevoir autrefois, alors que le droit était essentiellement associé à la production législative de l'État. Le droit est maintenant polymorphe, il comporte plusieurs textures (Mekki, 2009) et il est constamment « en mouvement » (Diebolt, 2000). Il se transforme, se redéfinit. Et il le fait, selon plusieurs, par l'intégration de la morale et de l'éthique à son discours.

À ce sujet, les auteurs Lacroix, Lalonde et Legault, posent le constat de « l'internormativité entre le droit, la morale et l'éthique » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 8). Par cette expression ils désignent « [...] la manière dont les normes morales, juridiques et éthiques interagissent entre elles ou [...] dont les différentes normativités juridiques

³ Mentionnons que cette approche n'est pas l'unique réaction possible. Une autre posture serait d'adapter le droit existant aux nouvelles circonstances.

reflètent ces niveaux d'action et d'interaction » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 8). Ils constatent que les discours de l'éthique et de la morale « infiltrent le droit et s'y intègrent de plus en plus » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 3). Du même souffle, ils remarquent eux aussi l'inflation du droit : « les institutions et les États ont pris le parti de générer de plus en plus de nouvelles normes (lois, règlementations et directives), afin de réguler la vie en société et d'encadrer les nouvelles pratiques scientifiques et sociales » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 4). Bref, le droit augmente, se transforme et se redéfinit. À leurs yeux, il y a création de « nouveaux droits » :

Cette imposante production normative a incité de plus en plus de citoyens à recourir aux tribunaux et à diverses instances décisionnelles administratives (tribunaux administratifs, comités décisionnels au sein des institutions) afin de régler leurs différends et d'ainsi obtenir la reconnaissance de ces nouveaux droits. Face à cette situation, de nouvelles formes d'arbitrage des litiges et de nouveaux cadres de résolution des différends ont émergé afin d'offrir des réponses à ces demandes croissantes et d'ainsi donner le maximum de latitude aux parties pour solutionner elles-mêmes les différends (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 4).

Par-delà la création de nouveaux droits, les auteurs soutiennent que les enjeux de ce phénomène sont « majeurs puisqu'ils posent le questionnement de la nécessité d'une transformation des théories normatives du droit et révèlent ses insuffisances à réguler nos sociétés » (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 3). Tel que nous le constaterons sous peu, les théories classiques en philosophie du droit peinent à fournir un ancrage épistémologique aux transformations récentes du droit, d'où la nécessité de repenser les fondements théoriques du droit, ce que propose précisément le pragmatisme juridique dont nous ferons état, au titre six de la présente section.

Comme nous venons de le voir, le droit s'impose avec vigueur dans nos sociétés contemporaines, en tant que mode de régulation sociale. Historiquement, il se distinguait de l'éthique ou de la morale par l'obligation et la sanction qui étaient prévues et attachées à la règle de droit, en cas de manquement, ainsi que par la force prescriptive de son discours. Son objectif premier était de définir ce qui est permis ou interdit par la règle instituée par une autorité légitime dans une société donnée (Kelsen, 1960). Désormais,

nous assistons à une réelle inflation et complexification normative, notamment en raison de l'apparition de vides juridiques engendrés par les récentes transformations sociales, scientifiques ou technologiques. En ce sens, le droit ne cesse de prendre de l'expansion afin de suivre l'évolution de nos sociétés et conserver son hégémonie. Qui plus est, cette expansion n'est pas uniforme car le droit se redéfinit de plusieurs manières. Certaines formes prises par le droit sont plutôt inhabituelles. Nous avons vu notamment que le droit intègre de plus en plus la morale et l'éthique. Mais quel(s) type(s) de transformations juridiques plus particulièrement intègrent l'éthique? Ces transformations font-elles un simple renvoi à l'éthique, s'agit-il d'une appropriation de l'éthique dans le discours juridique ou encore, s'agit-il d'autres possibilités? Plus fondamentalement, quels sont les enjeux et les impacts de cette intégration sur l'éthique, ainsi que sur la dynamique entre les divers modes de régulation sociale?

Il est important de nous attarder à comprendre ces récentes transformations pour en identifier les caractéristiques eu égard à l'éthique et le cas échéant, les impasses. Nous y consacrerons la présente thèse. La vue d'ensemble que nous proposons nous permettra de situer ces transformations aux plans épistémologique et empirique, pour mieux en envisager leur validité et leur viabilité, du point de vue de l'éthique. Le regard que nous poserons sera nourri entre autres par les réflexions des philosophes qui se préoccupent de l'intégration de plus en plus marquée de l'éthique au droit, des théoriciens du droit ainsi que quelques sociologues choisis.

Dans les sections qui suivent, nous qualifierons les principales transformations du droit, en insistant tout particulièrement sur celles qui intègrent l'éthique, phénomène que l'on appelle l'éthicisation du droit. Nous chercherons également à poser l'arrière-plan épistémologique pour mieux connaître et saisir ces transformations. Nous tâcherons dans un premier temps d'associer les transformations actuelles du droit aux principales théories classiques du droit, avant d'aborder une théorie plus récente en droit, soit celle du pragmatisme juridique. Ce courant théorique se concentre précisément à ancrer les transformations récentes du droit, au plan épistémologique. Pour approfondir notre étude et conceptualiser ces transformations du droit, nous fournirons par la suite une

typologie des principaux courants de pensée en éthique, pour mieux en éclairer les fondements des transformations du droit. Nous explorerons cette typologie principalement au chapitre 1. Ce travail nous permettra de repérer à la fois une éthique plus normative et une éthique plus réflexive, toutes deux mobilisées par les récentes transformations du droit. À partir des définitions posées, nous formulerons des éléments d'analyse sous forme de grille, pour déceler les approches ou les courants mobilisés concrètement par les lois éthiques. Nous appliquerons cette grille à quelques lois éthiques québécoises choisies, au chapitre 3. Cette étude empirique nous permettra, au chapitre 4, d'articuler les conditions de validité des lois éthiques à partir de notre grille, soit selon deux courants préalablement définis en éthique : l'approche principiste et l'approche réflexive.

Précisons d'ores et déjà que par-delà la question de la remoralisation du droit (Dworkin, 1986; Terré, 2007), nous souhaitons concentrer notre réflexion, dans la présente thèse, sur l'éthicisation du droit, soit l'intégration de l'éthique au droit. Ce phénomène, plus récent, qui a été moins documenté que le rapport droit/morale, a pourtant pris une place importante dans la récente redéfinition du droit au Québec. C'est pourquoi nous conceptualiserons dans un premier temps cette notion pour mieux articuler les liens actuels entre l'éthique et le droit et étudier à quoi correspondent les nouvelles transformations du droit, au plan empirique. Tel que précisé précédemment, afin de délimiter et circonscrire notre étude, nous nous concentrerons sur l'étude d'une forme d'éthicisation du droit, soit les lois éthiques, en contexte québécois. Nous présenterons d'une manière générale les lois éthiques et illustrerons l'intérêt de s'y attarder. Pour amorcer notre démarche, voyons d'abord en quoi consiste l'actuelle redéfinition du droit.

3 La redéfinition du droit

Depuis quelques années, les auteurs attestent que le droit se redéfinit et se transforme (Belley, 2002 ; Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Lenoble, 2002-03, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck, 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Legault 2002-03; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Issalys, 1992 ; Mekki, 2009 ; Ost et Van de Kerchove, 2002 ;

Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000). Certains soutiennent qu'il le fait afin de répondre à la nouvelle donne sociale, d'autres avancent que ce redéploiement est essentiellement technique et répond à un besoin de plus grande efficacité. Peu importe toutefois que l'on soit partisan de l'une ou l'autre thèse, lesquelles pourraient d'ailleurs fort bien être complémentaires, il nous faut convenir que le droit subit de profondes transformations. Ces transformations n'impliquent toutefois pas un retrait ou un repli du droit. En fait, il s'agit plutôt du contraire : il y a véritablement une hégémonie du droit, tel qu'illustré précédemment. Comme le signale Genard (2000), l'importance considérable prise aujourd'hui par l'institution juridique ne saurait être niée. Elle s'explique largement, selon Genard, par l'affaiblissement des autres formes de régulation sociale (2000). En appui aux propos de Genard (2000), nous illustrerons dans les sections suivantes que cet affaiblissement se crée par l'inclusion, l'appropriation (ou la réappropriation), d'autres modes de régulation par le droit. Certaines transformations touchent plutôt le discours juridique lui-même (changement de la force normative du droit, appel aux destinataires de la norme, etc.) tandis que d'autres touchent la pratique du droit (modes de PRD, lois éthiques, etc.). Afin d'illustrer ces phénomènes, nous discuterons des principales transformations subies par le droit au cours des dernières années, en insistant, dans l'ordre, sur les phénomènes suivants: la révision de la force normative du droit, l'accent mis sur les destinataires de la norme, la médiation et les autres modes de règlement des différends, le droit souple et enfin, plus largement, nous poserons un regard sur l'éthicisation du droit, en la distinguant de la remoralisation du droit. Voilà en effet autant de phénomènes qui se sont succédés pour permettre au droit de mieux répondre aux nouveaux besoins sociaux.

3.1 La révision de la force normative du droit

La première transformation du droit que nous abordons concerne la révision de la force normative juridique. Précisons d'entrée de jeu que toute norme juridique comporte une force normative. Traditionnellement, la force normative du droit était rigide : elle prescrivait des comportements par l'entremise d'une obligation clairement définie. Le droit s'appuyait alors sur la sanction et la contrainte ; son caractère obligatoire était

reconnu. Désormais, la force normative est parfois plus ténue. En effet, parmi les normes obligatoires et sanctionnées, il est possible de discerner « divers degrés, voire diverses natures de force, sans plus confondre force obligatoire et force contraignante » (Thibierge, 2009). Ainsi, la force des normes en droit s'inscrit actuellement dans un spectre qui exprime de multiples variations, de l'impératif à l'incitatif, de l'obligatoire à l'inspiratoire. Elle va de l'obligation formelle avec des sanctions à l'énonciation de valeurs ou d'une procédure à suivre pour établir le contenu d'une norme.

Cette transformation est de taille. En théorie du droit, il ressort que le concept de force normative est aussi central que celui de « source du droit » (Thibierge, 2009). Le concept de force normative est important puisqu'il fournit un « outil de diagnostic » de la norme juridique. Celui-ci réfère à une « théorie ouverte du droit », qui prend en compte la complexité du droit et ses multiples interactions sociales. Le concept de force normative témoigne que le droit est vivant et en mouvement. Tel que le soutient Arnaud, dans l'ouvrage dirigé par Thibierge, *La force normative. Naissance d'un concept*:

On ne peut que souligner la pertinence des hypothèses majeures présentées à juste titre comme justificatrices de l'introduction du concept de « force normative » pour une compréhension renouvelée du droit : le continuum qu'il assure entre genèse et devenir de la norme; son inscription dans l'interdisciplinarité; le recours qu'il impose aux théories de la complexité (Arnaud, 2009, p. 13 et s.).

Le concept de force normative se révèle donc être essentiel à la compréhension du phénomène juridique. Ce concept est d'autant plus important que le droit a, historiquement, été d'une nature normative rigide alors qu'il tend maintenant à s'attribuer une force normative plus flexible, plus souple et ouverte. La révision de sa force normative constitue donc l'une des premières transformations du droit.

3.2 L'accent sur les destinataires de la norme

Dans la mouvance d'assouplissement et de révision de sa force normative, le droit met de plus en plus l'accent sur les destinataires de la norme, leur attribuant un rôle rehaussé et actif, celui-ci n'est plus simplement qu'obéir à la loi. Les destinataires de la norme sont les

personnes ou organismes visés par une loi. Dans la logique traditionnelle, les destinataires étaient désignés en termes de justiciables. Dans tous les cas, ils ont à mettre en œuvre la norme, et plus encore, bien souvent, à lui obéir. Et ceci prend désormais diverses formes : d'une stricte application à la construction du contenu de la norme, le spectre du rôle attribué aux destinataires de la norme comprend plusieurs ramifications. Une de ces formes se trouvent dans les nouvelles lois qui laissent la responsabilité aux destinataires de la norme de construire ou de co-construire le contenu de la norme. Par l'entremise d'une force normative assouplie, la norme établit un processus ou une délégation du pouvoir décisionnel, sans dicter le comportement attendu aux destinataires de la norme. Bien que cet appel plus souple aux destinataires de la norme demeure marginal, il gagne en popularité (Mekki, 2009 ; Thibierge, 2009) au même rythme que nos institutions se renouvellent et se redéploient dans une perspective plus « individualiste » (Martuccelli et De Singly, 2009). L'assouplissement ou la révision de la force normative des normes juridiques jumelé à un appel moins directif aux destinataires de la norme (Thibierge, 2009) contribuent à la redéfinition du droit : le droit se traduit de plus en plus en tant que mise en œuvre d'une réflexivité de la part des destinataires de la norme. Cet appel à la réflexivité et à l'autonomie des destinataires rapproche le droit et l'éthique. Attardons-nous à définir ces termes pour illustrer ce rapprochement.

Nous avons déjà évoqué la notion de réflexivité dans les pages précédentes par l'entremise des travaux de Giddens (1984). Comme nous l'avons alors évoqué, la réflexivité prend la réflexion elle-même pour objet. Elle renvoie à cette nouvelle réalité de la Modernité où le sujet est amené à réfléchir sur lui-même. En ce sens, elle favorise une « conscience discursive » (Giddens, 1984), une prise de conscience de soi, se distinguant ainsi de la pensée spontanée et irréfléchie. En ce qui concerne la notion d'autonomie par ailleurs, l'étymologie de ce terme nous dévoile qu'il s'agit de se donner ses propres règles (du grec *autos* : soi-même et *nomos*: loi, règle) de fonctionnement. Ainsi, l'autonomie désigne la capacité de faire quelque chose par soi-même. Elle est synonyme d'indépendance et de liberté, puisque la personne a la possibilité de choisir par elle-même, sans la pression sociale ou celle d'autrui, afin de diriger sa vie ou son action comme elle le juge. Tel que nous le verrons, les concepts d'autonomie et de réflexivité sont au cœur de

l'éthique contemporaine, définie dans une approche réflexive. Le fait que le droit réserve désormais une place à la réflexivité et dans une certaine mesure, à l'autonomie de ses destinataires, le rapproche de l'éthique. Ainsi, l'assouplissement de la force normative des normes juridiques jumelé à un appel moins directif aux destinataires de la norme (Thibierge, 2009) contribuent à redéfinir le droit contemporain, en reconnaissant une plus grande autonomie et réflexivité au sujet de droit, intégrant du coup des composantes éthiques dans le discours juridique.

3.3 La médiation et les autres modes privés de règlement des différends

Mais là ne s'arrête pas la redéfinition du droit. Les modifications au discours juridique comportent de nouvelles formes de pratiques du droit. Par exemple, le recours croissant à la médiation et aux autres modes privés de règlement des différends [ci-après PRD] se taille ainsi une place de plus en plus importante au sein du système judiciaire, notamment au Québec (Otis 2005, Legault 2001a, 2002-03 et 2011a). Nous pouvons de surcroît mentionner l'adoption récente d'un nouveau *Code de procédure civile*, au Québec, qui, dans une perspective inédite, place explicitement la priorité sur « l'alternative » que promulgue la médiation et les autres modes de PRD, avant même d'engager des procédures légales habituelles (Assemblée nationale du Québec, 2014b). Encore ici, nous assistons à une reformulation des attentes à l'égard du droit qui n'est plus perçu comme une simple norme à respecter mais bien comme une norme à réfléchir et contextualiser. Cette alternative contribue *de facto* à la redéfinition du droit.

Pour des auteurs issus tout autant des disciplines du droit que de l'éthique, la montée en popularité de la médiation s'explique ainsi à la lumière de la crise de l'autorité et la crise du droit que traversent nos sociétés (Bernatchez, 2009 ; Lacroix, 2002-03 ; Lalonde, 2002-03, 2003a, 2005 et 2009 ; Legault 2001a, 2001b, 2002-03 et 2004b ; Habermas, 1978 et 1997 ; Otis, 2005). Ils affirment que la médiation constitue une alternative toute indiquée pour dépasser la crise actuelle et redéfinir l'autorité, de même que son rôle, au sein de l'espace public. Pour ces auteurs, le droit ne parviendrait plus, ou difficilement, à réguler les comportements. Dit autrement, la capacité du droit à régir les comportements,

c'est-à-dire sa force performative évoquée dans la section précédente, est ébranlée à un point tel que les auteurs réfèrent de manière quasi unanime à une crise du droit (Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Legault 2002-03; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Habermas, 1978 et 1997; Issalys, 1992 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000).

À cet égard, Habermas jette un regard lucide et juste sur la société, son fonctionnement (ou plutôt ses dysfonctionnements). À ses yeux (Habermas, 2012, p. 51), la crise de l'Union européenne témoigne avec une certaine évidence du « vice de construction » qu'il n'a cessé de dénoncer. Selon Habermas, nos sociétés souffrent d'une crise multiforme qui touche l'État comme régulateur systémique. Pour reprendre les termes qu'il utilise dans *Raison et légitimité* (Habermas, 1978), nos sociétés connaissent une « crise de rationalité » jumelés à une « crise de légitimité ». Pour nous aider à comprendre cette crise, Habermas pose trois systèmes sociaux: au centre, le système politico-administratif, à gauche, le système économique, et à droite, le système socio-culturel (1978). Habermas distingue ainsi l'intégration sociale de l'intégration systémique, la première concernant les institutions et leur capacité socialisatrice alors que la seconde concerne les performances du système, ses capacités d'autorégulation systémique. Pour Habermas, la crise touche l'ensemble de ces systèmes. Et c'est cette crise qui, transposée au système juridique, fait en sorte que le droit est affligé d'une crise de la rationalisation (Habermas, 1978).

En réponse à cette crise du droit, Habermas propose une éthique de la discussion, sur laquelle nous allons revenir dans le cadre de cette thèse. Habermas est l'un des penseurs de l'éthique de la discussion, tout comme Karl-Otto Apel. Cette éthique revisite l'éthique kantienne. Elle développe en effet l'idée d'un principe de discussion capable de remplacer l'impératif catégorique de Kant. Ainsi, ce n'est plus au sein de l'individu qu'est déterminée la validité morale, c'est-à-dire dans son for intérieur, mais par une compréhension « dialogique » de la morale, qui s'appuie sur les acquis de la pragmatique formelle (théorie des actes de langage pour traiter du discours) et la théorie des « énoncés performatifs », que l'on doit à Austin (1962). Ce paradigme s'avère fondamental à notre compréhension

d'une éthique réflexive comme nous le verrons plus loin. Retenons pour le moment que, pour Habermas, nous déterminons essentiellement par le biais de la discussion si une règle de conduite, une action ou un comportement est moral ou non. C'est donc par une prise de parole avec autrui que nous pouvons délibérer au sujet des conditions de validité morale, d'où la possibilité de solutionner un différend par la voie de la médiation, grâce à l'éthique de la discussion, face à la crise de rationalisation du droit.

Dans la même veine, Legault inscrit ses travaux sous le pragmatisme et dans ce même courant de l'éthique de la discussion, tout en prenant ses distances d'Habermas, afin de fonder l'action sur des valeurs et moins sur la dimension morale. Legault précise que désormais, l'énonciation d'une norme n'est plus en mesure d'assurer à elle-seule son respect ou sa mise en œuvre, tel qu'elle pouvait le faire autrefois (Legault, 2002-2003). La crise du droit tient donc à l'incapacité du droit de lier les destinataires de la norme par la simple énonciation de cette norme. La seule manière de sortir de cette impasse réside dans la capacité de chacun à se réapproprier cette norme pour la faire vivre dans l'espace public. C'est la raison pour laquelle, selon lui, le droit n'aurait pas eu d'autre choix que de se redéfinir pour assurer son rôle et surtout, pour préserver son autorité et sa capacité de réguler les comportements dans l'espace public. L'une des voies suivies par le droit pour se redéfinir, selon Legault, est celle de la médiation qui accorde une place prépondérante à la prise de parole des parties et à la discussion.

Comme bien d'autres concepts, celui de médiation recouvre diverses significations (Guillaume-Hofnung, 2007). Il est d'ailleurs frappant de voir combien le libellé « médiation » peut être utilisé dans des contextes variés: médiation par les pairs (Tzurriel et Shamir, 2007), médiation pour promouvoir la santé (Lucas, 2009), médiation linguistique (Rigstad, 2006), médiation sociale (Jaccoud, 2009), etc. Dans le cadre de la présente thèse, nous référons à la notion de médiation judiciaire qui a été mise en place par l'État québécois pour « déjudiciariser le conflit » et offrir une « solution de rechange à l'activité judiciaire traditionnelle » (Trubeck, 1988: 45-62, cité dans Noreau et Amor, 2004, p. 270). C'est dans ce contexte que plusieurs juges québécois pratiquent la médiation judiciaire depuis plusieurs années. Ce travail de médiation a pour but d'aider les parties qui le

désirent à déterminer à l'amiable une solution satisfaisante à leur litige. Sous la vigilance des juges, les parties s'entendent sur le contenu de l'entente à donner à leur conflit. Les ententes obtenues ainsi de « gré à gré » ont beaucoup plus de chance de satisfaire toutes les parties puisqu'elles sont directement mobilisées et impliquées dans la résolution de tels conflits, par la discussion et la prise de parole directe. La médiation judiciaire prend forme dans divers secteurs, comme par exemple dans celui de la famille avec la médiation familiale, dans le domaine civil, voire même en matière pénale. Dans chacune de ces sphères du droit, la médiation judiciaire se présente comme une « alternative » au système officiel déficient (Legault, 2002-03) et une réponse à la crise du droit : la médiation répond aux insuffisances du droit, en offrant une « alternative » qui place la délibération éthique au centre de la démarche (Lalonde, 2002-03 ; Legault, 2001a, 2001c et 2011a).

Les propos de Legault trouvent ainsi écho dans l'initiative de certains juges pour promouvoir la médiation. Au Québec, la juge Otis, a joué un rôle très actif dans l'instauration et la promotion de nouvelles formes de règlements au sein du système juridique québécois⁴. Selon cette pionnière de la médiation judiciaire au Québec, cette dernière permet aux parties de donner un sens à leur décision, plutôt que de s'inscrire dans une dynamique contradictoire d'affrontements. Par l'entremise de la médiation judiciaire, les parties en litige jouent un rôle actif dans la co-construction de la solution (Otis, 2005).

Toute intéressante que soit cette démarche, il faut toutefois reconnaître qu'elle va à l'encontre de la tradition juridique occidentale, voire de la fonction de juger telle qu'elle

⁴ Tel qu'on peut le lire sur son site : « Ancienne juge de la Cour d'Appel du Québec, elle y a conçu et administré un programme de médiation judiciaire. Elle a participé à plus de 3000 jugements en droit commercial, civil et criminel. Louise Otis a présidé en outre à plus de 600 médiations en droit civil et commercial. Depuis 2010, elle a présidé plusieurs arbitrages dans le secteur de la construction, de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (Officier de réclamations), des contrats commerciaux et de la liquidation d'entreprises. Elle est distinguished fellow de International Academy of Mediators (IAM) qui définit les critères d'excellence en médiation commerciale. Sur le plan international, Louise Otis est Présidente du Tribunal d'Appel de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF). Elle est également membre du Tribunal administratif de l'Organisation de Coopération et de développement économiques (OCDE). Elle s'est en outre impliquée dans des programmes de réforme de la justice dans différents pays. » <http://louiseotis.com> Consulté le 15 juillet 2014.

s'est développée dans les principaux systèmes juridiques occidentaux. En effet, traditionnellement, c'est essentiellement le juge qui tranche un litige. La médiation judiciaire représente un important changement de paradigme qui, selon la juge Otis, témoigne d'une maturité de la société québécoise à s'affranchir du « paternalisme judiciaire » (Otis, 2005, p. 14). Encore faut-il s'assurer que les juges ne conservent plus leur posture « traditionnelle » d'autorité quelque peu paternaliste à partir de laquelle ils tranchent les litiges lorsqu'ils s'engagent dans un processus de médiation. Mais là se trouve un autre débat et par-delà cette mise en garde, nous retenons que par l'inclusion croissante de la médiation au sein du système judiciaire, le droit se redéfinit et accorde une place plus grande aux parties en litige. Il crée une « alternative » de résolution de conflit en son sein même, par la prise de parole directe des parties au litige.

3.4 Le droit souple

La médiation judiciaire ne constitue pas la seule transformation du droit qui octroie aux parties en litige un rôle plus actif. Parallèlement à l'augmentation de cas réglés par l'entremise de la médiation, l'expansion et la reconnaissance du « droit souple », c'est-à-dire un droit qui est moins directif et plus malléable, laisse place à une plus grande interprétation et une plus vaste liberté aux parties (Mekki, 2009). Alors que le droit est généralement défini par son caractère obligatoire et contraignant au sein d'une société de droit, le droit souple donne au contraire la prééminence à une norme simplement proposée, recommandée, conseillée ou encore, peu définie, laissant le soin au citoyen de construire et interpréter la norme, à l'intérieur de certains paramètres. On dira pour cette raison que le droit souple incarne un droit adaptable, flexible, élastique, ou encore, maniable (Mekki, 2009, p. 1). Il renvoie à la capacité du droit de s'adapter aux situations particulières (Mekki, 2009, p. 2) au point de considérer que « le droit est flexible » (Carbonnier, 2001). On oppose d'ailleurs souvent le concept de « droit dur » classique au « droit souple », constitué de normes indicatives ou incitatives par opposition au caractère prescriptif de la plupart des normes en droit. Pourtant cette opposition est désuète aux yeux de Mekki qui soutient que « le droit n'est pas dur ou souple. Il est l'un et l'autre, voire l'un par l'autre, au sens de dialecte » (2009, p. 2). Bref, le droit prend

différentes « textures » (Mekki, 2009). Parmi ses diverses textures, lorsque le droit est dit souple, il est défini à la fois comme un mouvement d'élaboration de la norme par ses destinataires et comme une nouvelle forme de réglementation⁵.

Faisant écho à cette nouvelle conception du droit, il est de plus en plus fréquent de voir les autorités administratives indépendantes, parfois dotées d'un réel pouvoir juridictionnel, adopter des avis, recommandations ou rapports. Ainsi, les codes privés, les chartes de bonne conduite, les lignes directrices, les recommandations, les avis ou encore, les communiqués sont autant de nouveaux phénomènes socio-juridiques qui constituent du droit souple. En ce sens, Mekki a raison d'affirmer que le phénomène du droit souple ne se « réduit [...] pas au mouvement d'élaboration de la norme par ses destinataires, en dehors de toute intervention étatique » (Mekki, 2009). Au contraire, « les organes étatiques s'emparent de ces nouvelles formes de réglementation sans pour autant renoncer aux mécanismes normatifs traditionnels » (Mekki, 2009), accentuant d'autant le phénomène du droit souple, lequel gagne du terrain et s'observe désormais dans tous les domaines du droit. Le droit souple n'est plus non plus le simple fait du droit international (Badimboli, 2003) comme c'était le cas au début. Bien que ce secteur d'activités juridiques ait été plus propice que d'autres à engendrer un droit souple en raison de l'absence d'autorités législatives largement reconnues, il n'est plus le seul à accueillir ces nouveaux phénomènes juridiques. Les visées interprétatives du droit souple sont maintenant largement reconnues dans la plupart des sphères du droit (Lalonde, 2011).

Un tel phénomène contribue par conséquent aux transformations internes du droit et change ses formes d'énonciation. Force est de constater qu'une telle transformation est majeure et complètement inédite en droit. Ceci est vrai à un point tel que, pour certains, le droit souple n'est pas du droit. C'est particulièrement le cas des positivistes qui, largement influencés par les travaux de Kelsen, accordent une importance accrue à l'énonciateur de la norme, ainsi qu'à son processus d'adoption. Nous

⁵ À noter que celui-ci n'implique pas forcément de renoncer aux mécanismes normatifs traditionnels.

aurons d'ailleurs sous peu l'occasion de présenter plus en détail le courant du positivisme juridique.

Pour l'heure, soulignons que le droit souple gagne en reconnaissance. À ce titre, le droit souple a récemment été reconnu officiellement par le Conseil d'État de France, dans le cadre de son étude annuelle (Conseil d'État et la juridiction administrative, 2013). En ce sens, l'effectivité des règles de droit souple, pourtant dépourvues de caractère prescriptif, incite à la réflexion. N'en déplaise à certains tenants des thèses positivistes, force est de reconnaître que l'assouplissement du « droit dur » accentue dans les faits la fonction performative du droit. Le droit souple régule « plus » et « mieux », de par sa flexibilité. Redéfini ainsi, le droit s'ancre désormais dans un nouveau terreau normatif et retrouve la vitalité de sa force performative.

L'assouplissement des normes juridiques fait en sorte que le droit lui-même connaît une « dérèglementation », caractérisée par l'« effacement relatif de l'État autoritaire », un transfert des pouvoirs vers d'autres acteurs et un souci d'adaptation optimal des normes aux situations (Benyekhlef, 2008, p. 800). Mais si l'État qui a incarné et produit le droit dans la Modernité s'efface au profit du citoyen et de la capacité de ce dernier de réfléchir ses comportements, peut-on encore penser que le droit, peu importe sa forme, est à même de réguler de la même manière les comportements dans la sphère publique ? Dans les faits, cette modification apportée au rôle et à la finalité du droit rapproche le droit de l'éthique, sa force prescriptive et autoritaire s'atténuant d'autant. Mais jusqu'où peut aller ce rapprochement ? Peut-il aller jusqu'à la subordination et l'intégration complète de l'éthique dans le droit ? Et à quelles conditions ? Pour répondre à cette question, nous devons d'abord distinguer plus minutieusement les phénomènes d'éthicisation et de remoralisation du droit.

4 Entre éthicisation et remoralisation du droit

Dans les faits, les phénomènes que nous venons de décrire en recouvrent un autre, encore plus fondamental, au point de tous les « fonder » en quelque sorte. Des chercheurs ont

qualifié ce phénomène d'« éthicisation du droit » (Lalonde 2003a ; Legault 2001a, 2001c et 2011a). L'éthicisation du droit réfère à l'intégration de l'éthique au droit. Il peut également s'agir d'un renvoi du droit à l'éthique. Ainsi, l'éthique est soit intégrée au droit (interne au droit) ou, tout en demeurant à l'extérieur, est mentionnée par celui-ci en guise d'alternative ou de complément (externe au droit). De par la souplesse du droit, l'autonomie et la flexibilité laissées aux destinataires de la norme, toutes les nouvelles formes de droit décrites précédemment intègrent de manière plus ou moins prononcée des composantes éthiques. Ce qui n'équivaut pas nécessairement à remoraliser le droit (Lalonde 2003a ; Legault 2001a, 2001c et 2011a). Mais en quoi consiste plus précisément l'éthicisation du droit? Quand a-t-elle débuté? Quelle(s) forme(s) prend-elle? Équivaut-elle à une intégration de composante(s) à la fois morale(s) et éthique(s) dans le discours juridique? Quelle(s) distinction(s) pouvons-nous faire entre éthicisation et remoralisation du droit?

Afin de répondre plus particulièrement à cette dernière question, nous utiliserons les travaux de Dworkin. Bien que ce dernier discute amplement d'une certaine transformation du droit, il se limite à l'appel aux principes dans l'interprétation du droit tandis que l'éthicisation du droit réfère à une vue plus vaste des transformations du droit. L'éthicisation du droit couvre l'appel aux principes, une plus large interprétation de la norme juridique et également une part de réflexivité, soit la possibilité de s'engager dans un dialogue, une délibération pour déterminer l'action à privilégier, voire même dans certains cas, le contenu de la norme elle-même. Afin d'explorer plus en détails la remoralisation versus l'éthicisation du droit, nous débutons par un bref détour historique pour retracer l'évolution du lien entre le droit et la morale.

Le droit a toujours recouvert une dimension morale, notamment depuis le début de la Modernité alors que l'État, producteur de la norme juridique, a toujours incarné en même temps cette moralité. C'est avec le développement des sciences humaines à la fin du XIXe siècle que l'on observe que le droit a tranquillement été dépouillé de cette dimension morale pour s'objectiver. On a alors considéré le droit dans sa positivité et cherché à le traiter comme un objet, voire comme une science. La tendance à qualifier le droit de

scientifique remonte notamment à Gény (1919) et traduit la montée du scientisme, qui s'est avérée particulièrement forte au début du 20^e siècle (Lebel-Grenier, 2002, p.12). Les années 1970 et suivantes ont toutefois montré les limites que rencontrait le droit lorsqu'on le considérait dans sa seule positivité. À la faveur des nouveaux problèmes soulevés par le pluralisme des sociétés et les avancées technologiques en médecine, de même qu'en réponse aux atrocités commises lors de la seconde guerre mondiale et mises à jour dans le célèbre procès de Nuremberg, nos sociétés ont redécouvert la dimension morale du droit, puis cherché à lui redonner cette force morale, ou cette force performative, dont il a été question précédemment.

Plusieurs philosophes ont alors entrepris de traiter ces questions, et Dworkin occupe une place toute particulière parmi ces derniers en raison de l'importance de ses travaux et sa défense insistante des liens devant exister entre droit et morale. Dans ses multiples écrits, Dworkin réfère amplement à la remoralisation de l'action dans nos sociétés par le droit afin de « prendre le droit au sérieux » comme il le soutient dans un de ses plus célèbres ouvrages (1977). Dans ses travaux, Dworkin critique Hart et, plus largement, le courant du positivisme juridique, en raison de leur refus d'admettre que le droit est une question morale. Il explique que le droit est sujet à interprétation, ce qui conduit les juges à rechercher la meilleure solution et donc à réintroduire le jugement moral dans l'interprétation du droit (1977 et 1986). Pour Dworkin, le juge, lorsqu'il doit trancher des cas difficiles, doit appuyer sa décision sur une interprétation de l'histoire du droit dans sa communauté politique et de la moralité collective sous-jacente à cette évolution (1986).

Dworkin postule par conséquent l'existence d'un rapport de nécessité entre droit et moralité (1977). Selon lui, « le droit est un concept d'interprétation » (1986, p. 446) qui donne lieu à une délibération judiciaire. Le juge est garant de cette délibération. Pour ce faire, lorsqu'il décide d'une cause plus difficile, le juge fait appel à des principes légaux plus larges que la simple lettre du droit (1977, p. 46). C'est précisément dans ces principes légaux que s'installe le rapport à la morale pour Dworkin. Selon lui, le droit édifie des principes exprimant avant tout la morale politique d'une communauté (principes communs découlant de la communauté politique) ou, pour reprendre les

termes mêmes de Dworkin, le droit incarne « (...) la légitimité morale au nom de la fraternité » (1986, p. 236). Plus récemment, Dworkin en est même venu à considérer le droit comme une branche de la morale (2011).

Au cours des dernières années toutefois, Legault et d'autres chercheurs ont montré les limites de cette moralisation du droit, voire ses insuffisances, laissant place à deux alternatives : chercher la force performative qu'avait jusqu'ici le droit dans un autre discours, et c'est alors le déploiement des éthiques appliquées qui entre en scène, ou transformer le droit pour « l'éthiciser », dépassant ainsi la simple remoralisation, défendue par Dworkin. Cette éthicisation permettrait en effet de repenser le droit sur d'autres bases que simplement celle de l'obligation et de la sanction. C'est de ces alternatives qu'il nous faut maintenant discuter avant d'aller plus loin. À l'opposé de Dworkin, Legault défend l'idée qu'il existe des liens entre le droit et l'éthique qui font en sorte que l'éthique ne peut être entièrement subordonnée au droit. Ainsi, plutôt que de vouloir redonner sa dimension morale au droit comme le défend Dworkin, Legault soutient que l'éthique devient plutôt une alternative à l'obligation morale et juridique. Selon lui, l'éthique transforme l'approche morale en remplaçant la logique de l'obligation par celle des valeurs (2002/03, p. 13). Pour répondre à la nouvelle demande sociale, Legault observe que le droit évolue en faisant désormais appel à une délibération éthique rehaussée, particulièrement chez les juges (Legault, 1989 et 2002-03).

En plus de ces considérations, toujours dans une perspective sociologique, force est de reconnaître que le droit doit désormais composer avec des orientations morales hétéroclites, qui, soulignons-le de nouveau, caractérisent nos sociétés pluralistes (Veca, 1999). Face à cette nouvelle donne sociale, l'éthique semble être une voie à emprunter qui peut être prometteuse. Comprise comme un appel à la réflexivité et à l'autonomie, l'éthique présente une approche souple et adaptée aux situations, qui met en œuvre une réelle réflexivité. C'est ainsi que certains chercheurs remarquent que le droit se tourne de plus en plus vers l'éthique pour se redéfinir (Bégin, 1999, 2010, 2011a et 2011b ; Dermange et Flanchon, 2002 ; Lacroix, 2002-03 et 2011b ; Legault, 1989, 2001b, 2001c, 2002-03, 2004b et 2011a).

Plus précisément, dès l'adoption des Chartes, soit des normes juridiques à contenu hautement axiologique, d'aucuns ont remarqué une intégration (ou une réintégration) de l'éthique au droit (Bégin, 1999 ; Legault, 1989 et 2001b). De plus, avec l'avènement de la médiation judiciaire, ce constat a été réaffirmé (Legault, 2001b, 2002-03, 2004b et 2011a). Aussi, à partir des écrits Legault (1989, 2001b, 2001c, 2002-03, 2004b et 2011a), il est possible d'identifier deux phases au phénomène d'éthicisation du droit. Nous les documenterons au chapitre 1 de la présente thèse, en plus de formuler l'hypothèse d'une troisième phase d'éthicisation du droit. Notre thèse porte plus particulièrement sur l'étude de la validité conceptuelle d'une composante de la troisième phase d'éthicisation du droit, soit les lois éthiques.

En somme, retenons que la question des liens entre droit et morale, ou entre droit, éthique et morale, s'impose puisque la plupart des philosophes contemporains et spécialistes de ces questions font une différence entre éthique, droit et morale. Nous explorerons ces nuances conceptuelles notamment à la section portant sur la définition de l'éthique. Mais ultimement, nous voyons bien que les transformations du droit nous poussent à réfléchir ces nouveaux rapports entre le droit et l'éthique. Afin de mieux cerner ces derniers, il convient de comprendre les transformations actuelles du droit, d'un point de vue épistémologique, et ce, tant au niveau juridique qu'éthique. En effet, l'épistémologie « étudie de manière critique la méthode scientifique, les formes logiques et modes d'inférence utilisés en science, de même que les principes, concepts fondamentaux, théories et résultats des diverses sciences, afin de déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective » (Nadeau, 1999, p. 209). Ainsi, l'identification des fondements épistémologiques détermine la logique, la valeur et la portée d'un concept.

Dans le présent contexte, un passage par l'épistémologie va nous permettre de nommer le fondement théorique du raisonnement juridique renouvelé, tout en explicitant les courants éthiques qui lui sont associés, afin d'en explorer subséquemment la validité conceptuelle, du point de vue de l'éthique. Pour ce faire, nous aborderons d'abord les principaux courants en philosophie du droit, afin de situer les transformations du droit au

sein du cadre conceptuel juridique existant. Par la suite, nous compléterons un travail similaire, du point de vue de l'éthique. Après quoi, nous serons en mesure de revenir à l'éthicisation du droit, pour mieux qualifier ce phénomène, et circonscrire notre propos aux lois éthiques, par l'entremise de notre question de recherche, à la fin de ce chapitre.

5. Principales théories du droit

Dans les sections précédentes, nous avons décrit les principales transformations du droit qui retiennent l'attention des chercheurs et des praticiens du droit. Ces transformations posent certains enjeux qu'il convient d'étayer. Dans le contexte plus particulier de cette thèse, nous nous intéressons plus spécifiquement aux enjeux d'ordre éthique. Aussi nous proposons d'illustrer quelques-uns de ces enjeux, afin de démontrer l'utilité de cadrer les transformations du droit au plan de la philosophie du droit, en explorant les courants suivants : le droit naturel, le positivisme juridique, le réalisme juridique et enfin, le pragmatisme juridique.

5.1 Introduction

Plusieurs chercheurs reconnaissent que le « système juridique s'adapte et « s'ouvre » à la variété et à la nouveauté des cas issus de la vie sociale » (Goyard-Fabre et Sève, 1986, p 161), mais ils soutiennent du même souffle que cette situation crée une certaine confusion. En effet, l'univers du droit est désormais placé « sous le signe de la pluralité et de la diversité » (Goyard-Fabre et Sève, 1986, p. 9), et dans cette nouvelle perspective, le droit se laisse difficilement définir. À ce sujet, « Il n'y a pas de concept clair et distinct du droit, ce qui explique la difficulté que l'on a toujours éprouvée à la définir. » (Goyard-Fabre et Sève, 1986, p. 10). C'est ainsi que Goyard-Fabre réfère à l'« univers brouillé de notre temps » (2002, p. 19). Bref, entre sa fonction répressive, structurante et libératrice, le droit oscille entre une norme parfois à appliquer et parfois à construire (Müller, 2002), ce qui nous ramène précisément au phénomène d'éthicisation du droit que nous venons d'évoquer, ainsi qu'aux défis qu'il pose.

Ainsi, plusieurs auteurs ont identifié plus spécifiquement certains problèmes de la reformulation du droit. En plus des écrits de Goyard-Fabre et Sève (1986) que nous venons de citer, Mockle (2007), Zabregelsky (2000), Issalys (1992) et Ost et Van de Kerchove (2002) affirment également que les transformations actuelles du droit brouillent la délimitation des catégories juridiques en vigueur, puisque les mutations ne correspondent pas à la « logique juridique ». Autrement dit, ces mutations du droit donnent naissance à des « paradigmes inclassables dans les catégories officielles du droit » (Mockle, 2007, pp. 22-23) car le droit, en profondes transformations (Belley, 2002 ; Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Lenoble, 2002-03, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck, 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Legault 2002-03 ; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Issalys, 1992 ; Mekki, 2009 ; Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000) connaît des « anomalies » (Kuhn 1972) et prend d'autres formes (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 13), parfois plus « liquides », plus « gazeuses », tel que le démontre Belley (1996).

Dans un premier temps, afin de discuter des fondements et des conséquences que les transformations du droit auront sur l'ancrage épistémologique du discours juridique, nous explorerons les principales écoles de pensées en philosophie du droit. Nous exposerons d'abord l'opposition classique entre le droit naturel et le positivisme juridique, pour mieux définir ces deux courants en philosophie du droit, en plaçant spécifiquement l'accent sur leur rapport avec la morale et l'éthique. Nous aborderons également le réalisme juridique, qui s'est greffé aux théories du droit au début du 20^e siècle. À cette typologie, nous ajouterons le pragmatisme juridique qui nous aidera à dépasser les oppositions habituelles en théorie du droit. Qui plus est, ce courant s'affaire depuis quelques années à poser de nouvelles bases théoriques, pour comprendre, éclairer et ancrer épistémologiquement les développements récents en droit : les récentes transformations du droit exposées précédemment se situent essentiellement sous le pragmatisme juridique, tel que nous le verrons. Ainsi, l'exploration de cette théorie nous apparaît incontournable.

5.2 Le droit naturel

Le droit naturel, en latin *jus naturale*, est souvent désigné comme le *jusnaturalisme*. Il s'agit de synonymes qui désignent l'ensemble des normes prenant en considération la nature de l'Homme et sa finalité dans le monde. Au sens large, le droit naturel désigne une recherche objective des normes juridiques en fonction des seules caractéristiques propres à l'être humain, à la nature ou à l'ordre universel, indépendamment des conceptions du droit déjà en vigueur dans les sociétés humaines. Dans sa forme usuelle, le droit naturel réfère à l'ordre universel, résultat de la volonté divine (Himma, 2005). Il s'appuie sur une dimension sacrée ou ultime de l'existence humaine (Diderot) et précède toute convention humaine (Himma, 2005). Dans cette perspective, Coleman (1982, p. 139) va soutenir qu'il y a un lien entre le droit et la moralité puisque l'ordre universel renvoie à des exigences supérieures, au bien, bref, à la morale. C'est pourquoi les philosophes qui se réclament de l'idée d'un droit naturel ont particulièrement insisté sur le lien entre le droit et la morale.

Or, ce lien s'articule toutefois plus difficilement dans les sociétés pluralistes modernes. L'individualisme prégnant de nos sociétés (Taylor, 1992), la coexistence des religions et la diversité morale qui caractérisent désormais nos sociétés démocratiques (Taylor, 1992) pose un problème de taille à l'établissement ou la reconnaissance du droit naturel classique qui implique d'une certaine manière une conception différente du vivre-ensemble. L'aspiration à un ordre universel ou à une morale universelle se heurte en effet à l'aporie de la diversité, du pluralisme (Vecca, 1999) et surtout, du prolongement de l'espace individuel. Dans le contexte moderne, l'appel à des normes en fonction d'une dimension ontologique universelle ou à un ordre universel, vacille et peine à trouver un véritable ancrage.

C'est pourquoi la théorie du droit naturel a été reformulée. Dans un premier temps, la tradition du droit naturel rationaliste remonte entre autres aux théories du contrat social et à Kant. Chez Kant, les droits naturels trouvent un nouvel élan : au lieu de rechercher les droits naturels dans l'état de nature, Kant cherche leur fondement dans la nature humaine.

Pour Kant, l'homme est capable de déterminer ses propres fins ; c'est l'essence même de sa rationalité et de sa liberté. Précisions qu'un être rationnel ne signifie pas qu'un être fait ou non des choix rationnels. Cela signifie plutôt qu'il s'agit d'un être doué de raison : il peut déterminer ses propres fins, faire des choix, utiliser des moyens pour réaliser ses fins, contrairement à l'animal qui agit que par instinct. Pour Kant, la raison nous ordonne de respecter les personnes, puisqu'elles sont sujets. Il s'agit de la norme ultime, la règle de droit de la raison pure : le respect des personnes. Selon cette conception du droit naturel rationaliste, le droit est avant tout respect de son devoir.

Dans un deuxième temps, dans sa version plus moderne, largement définie et réfléchie par Leo Strauss (1953), le droit naturel renvoie à l'ensemble des droits que chaque individu possède du fait de son appartenance à l'humanité. Le droit naturel prend alors sa source dans la nature humaine et correspond à l'ensemble des droits désignés comme « naturels » chez l'homme, en dehors de toute appartenance à une organisation sociale. Ces droits sont qualifiés de droits naturels puisque, selon les tenants de cette théorie, ces droits sont présents dès la naissance, par le simple fait que nous sommes un être humain. En ce sens, aucune action, ni aucune procédure n'est requise pour consacrer ces droits. Il suffit tout simplement d'être pour qu'ils existent. Le droit naturel présente donc en ce sens un caractère universel : il est le propre de tout Homme. Pour cette raison, plusieurs considèrent que le droit naturel est inné et inaliénable. Il serait, selon ses défenseurs, universellement valable, même lorsqu'il n'existe aucun moyen concret de le faire respecter. Le droit naturel pose comme principes : l'universalité des droits de l'homme, la liberté d'action de l'être humain, le droit à la propriété et le droit à la vie. Pour Strauss, le droit naturel serait l'ensemble toujours ouvert, et donc toujours variable, des décisions justes concrètes prises selon les circonstances et les situations (1953). Il n'est donc pas nécessairement un droit opposable. En somme, les normes existent par le simple fait qu'une personne existe : ils sont inaliénables, insaisissables et intransférables. Le droit naturel s'oppose au positivisme juridique (Billier, 2001) qui ne s'appuie pas sur le concept de loi naturelle, comme le fait le droit naturel. Il désigne un droit consacré, posé par une autorité désignée.

5.3 Le positivisme juridique

Ainsi, contrairement au droit naturel, la théorie du positivisme juridique cherche à rendre le droit libre de toute association et de toute subordination à une dimension métapositive, comme celle de la morale (Kelsen, 1967). Les tenants de cette théorie du droit largement majoritaire au 20^e siècle offrent une lecture du droit qui l'assimile à un fait social, de la même manière que les autres faits sociaux. Pour cette raison, il doit donc être analysé et interprété dans sa positivité, c'est-à-dire comme une production de normes issues du parlement et du législateur plutôt que comme un ensemble de normes universelles, divines ou morales.

C'est sur la base de tels postulats que les positivistes juridiques ont développé une théorie du droit, indépendante de la morale, la sociologie et la politique. Kelsen, l'un des précurseurs et des piliers de cette théorie, énonce à cet égard que le juridique fait l'économie d'une référence à un principe fondateur universel (1967). Pour Kelsen, ce qui caractérise le droit, c'est son caractère normatif, d'où le nom de « normativisme », utilisé d'ailleurs par plusieurs auteurs (Billier et Maryioli, 2001). Entendu de la sorte, le droit prescrit des normes et des comportements. Il constitue un système de normes juridiques à travers lequel s'exprime l'État pour prescrire des comportements et des manières de faire. On utilise habituellement le terme *juspositivisme* pour référer à la théorie du droit positif.

Dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen précise qu'une norme appartient à un système de normes juridiques ou à un ordre normatif reconnu, si et seulement si elle tire sa validité de la norme fondamentale constituant l'ordre (Kelsen, 1967, p. 165). De la même manière, Hart (1994) défend l'existence d'une nette séparation entre le droit et la morale. Il affirme qu'une loi peut être obligatoire même si elle ne présente aucun contenu moral: «According to my theory, the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of the law (e.g. legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law » (1994, p. 269). Même si

plusieurs n'endossent pas le point de vue de Hart, il n'en reste pas moins que le positivisme défend l'autonomie de la norme juridique qui reste, aux yeux des tenants de ce courant de pensée, distinct de la morale au point de pouvoir s'en dissocier.

Ce rapide portrait nous permet d'esquisser les grandes lignes du *jusnaturalisme* et du *juspositivisme* et de cerner la principale distinction entre les deux courants de pensée. Cela nous permet de dire, entre autres choses, que le droit naturel cherche une source externe au droit pour lui conférer sa légitimité (dans sa version classique, une source divine ou un ordre supérieur et dans sa version moderne, notre appartenance à l'humanité). En ce sens, le droit naturel partage un lien intime avec la morale puisqu'un ordre extérieur vient établir les principes d'action, qu'on appelle les devoirs de l'être humain. La morale désigne ce qui est « bon » ou « mal » et se traduit par des règles relatives à la bonne conduite humaine, envers soi-même et autrui. Ainsi, le droit, selon la théorie du *jusnaturalisme*, est intimement lié à une composante morale. Le droit naturel s'oppose ainsi au positivisme juridique qui aborde le droit tel un fait social, une « science », auto-suffisante en elle-même pour lui conférer sa légitimité. Selon cette seconde perspective, le droit est issu d'un ordre normatif qui tire sa validité de la norme fondamentale constituant l'ordre juridique. En ce sens, selon le positivisme juridique, le droit se distancie et se dissocie de la morale.

À ce portrait, il convient désormais d'ajouter une autre théorie, celle du réalisme juridique, qui prolonge les réflexions des fondements du droit pour l'ancrer définitivement dans le « monde vécu ». Il s'agit de la première école de pensée qui s'est directement penchée sur les relations existant entre le droit et la morale plutôt que de les présupposer, essentiellement par l'entremise de l'étude de la fonction de juger. Un détour par le réalisme juridique va par conséquent nous permettre d'analyser de plus près le rapport existant entre morale et droit, puisque ce courant de pensée est le premier à faire état des liens intimes, voire organiques, qui existent entre le droit et d'autres disciplines, telles que la psychologie et la sociologie.

5.4 Le réalisme juridique

Le réalisme juridique a pris naissance aux États-Unis, il y a plus d'un siècle. C'est sans aucun doute Oliver Wendell Holmes (1841-1935) qui fut le premier à défendre cette approche lorsqu'il écrivait à cette époque, dans une formule désormais célèbre, que « [l]a vie du droit ne réside pas dans la logique ; elle tient dans l'expérience » (Holmes, 1881, p. 1). À sa suite, d'autres ont revendiqué la même idée, de telle sorte que les tenants de ce courant de pensée soutiennent que « le raisonnement juridique, et par conséquent l'activité du juge, n'est pas réductible à un ensemble de déductions logiques » (Tourbe, 2010). Pour les tenants du réalisme juridique, le droit est par conséquent indéterminé.

Le réalisme juridique a ébranlé dramatiquement les fondements traditionnels du droit, se posant au cours du XXe siècle comme une alternative crédible au *jusnaturalisme* et au *juspositivisme* en proposant de revoir notre rapport au droit. C'est la principale raison pour laquelle nous nous y attardons maintenant. Il a ouvert la porte à une série de théories contemporaines qui ont poursuivi la remise en question du raisonnement juridique, de son autonomie, et plus largement de l'hégémonie du droit.

À ce titre, le courant qui s'est probablement le plus radicalisé est celui des *Critical legal studies* (CLS) alors que les penseurs qui adhèrent à ce courant ont été jusqu'à remettre en question l'acceptation des normes et des standards en droit. À leurs yeux, le droit est d'abord et avant tout politique, déplaçant ainsi le lieu de survenance des rapports de domination et les intérêts cachés de la société vers les institutions légales. Ce mouvement déstabilise considérablement la conception jusqu'alors partagée du droit puisqu'il affirme haut et fort que le droit n'est pas la seule matrice de la rationalité juridique. Les CLS ont pris leur essor aux États-Unis, dans les années 1920 et 1930. Officialisé en 1977, lors d'une conférence, à l'Université de Wisconsin, à Madison, les CLS auraient des racines qui remontent directement au réalisme juridique. Holmes, cité précédemment, est considéré aujourd'hui comme le « grand-père » des CLS. Ainsi, les CLS demeurent les plus marginaux du courant plus large que constitue le réalisme juridique.

Le réalisme juridique est associé au positivisme juridique, comme nous venons de l'évoquer. Toutefois, cette théorie comporte néanmoins ses particularités et ne saurait s'y résumer puisqu'elle place l'interprétation au cœur même de son analyse. Selon le réalisme juridique, le droit n'est plus une question de connaissance, mais bien de volonté de ceux qui l'interprète. Selon Troper:

Le réalisme se rattache au positivisme juridique, qui, sans nécessairement nier l'existence d'un droit naturel, affirme qu'il n'est en tout cas pas possible de le décrire comme on décrit le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit positif. Comme les autres courants positivistes, le réalisme présuppose une distinction nette entre la science du droit et son objet, ce qui implique que cet objet doit être conçu comme une réalité objective, qu'il doit être décrit au moyen de propositions susceptibles d'être vraies ou fausses et que la science doit être pure de toute prescription comme de tout jugement de valeur. Mais, il se distingue des autres courants du positivisme en ce qu'il prétend concevoir le droit comme un objet empirique et non comme un ensemble d'entités idéales dotées d'une valeur obligatoire. Cet objet empirique est formé de manifestations de volonté telles qu'elles apparaissent notamment dans les décisions judiciaires. Il s'agit donc de phénomènes psychosociaux. Les diverses variantes du courant réaliste correspondent à des conceptions différentes de cet objet, mais l'important est ici de souligner que le réalisme en ce sens est une épistémologie (Troper, 2007, p. 1).

Le réalisme juridique français constitue d'abord « une théorie de l'interprétation juridique » (Troper, 2007) plutôt qu'une théorie de la connaissance comme c'est le cas aux États-Unis, amorçant une importante rupture épistémologique avec les autres théories, au point d'ouvrir la porte à l'intégration de l'éthique au discours juridique comme nous le verrons. De fait, lorsque l'interprétation émane d'une autorité compétente et qu'elle n'est pas susceptible de recours, « elle s'impose et produit des effets dans l'ordre juridique quel que soit son contenu, même si elle va à l'encontre du sens commun, de l'intention de l'auteur du texte interprété ou des règles du langage ordinaire » (Troper, 2007 p. 1). L'interprétation devient une fonction de la volonté et non de la connaissance : le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète (Troper, 2007). Un peu comme le citoyen l'est pour l'éthique, laquelle est davantage affaire d'interprétation et de contexte que de respect de la norme.

C'est pourquoi la morale, ou l'éthique, peut permettre ou faciliter cette interprétation aux yeux des tenants de cette théorie du droit. Dans un tel contexte toutefois, le raisonnement juridique n'est pas complètement autonome : il est informé, voire influencé, socialement, moralement et culturellement. La décision juridique s'opère à partir de la perception d'une situation, marquée par le sens commun du droit et de la culture. C'est pourquoi les tenants du réalisme juridique affirment que le droit est indéterminé. Ils entendent par conséquent promouvoir l'adoption d'une démarche réaliste d'observation de la constitution des normes juridiques et morales. Le réalisme juridique met par conséquent de l'avant une vision plus empirique du droit, qui prend en compte diverses dimensions de la vie, telles la sociologie et la morale.

5.5 Le pragmatisme juridique

Dans la même veine que le réalisme juridique, le pragmatisme juridique a promulgué une théorie critique du droit et de la prise de décision judiciaire (Brint et Weaver, 1991). Le courant du pragmatisme juridique conteste la représentation plus classique ou traditionnelle du droit. Pour ce faire, les tenants de cette théorie plus récente en droit s'appuient sur la jurisprudence, les faits juridiques, les précédents et l'argumentation rigoureuse utilisant l'analogie dans des controverses purement juridiques (Lazega, 2009). Le pragmatisme juridique considère l'« approche [en droit] comme trop légaliste, naïvement rationaliste et basée sur une méconnaissance du fonctionnement pratique des institutions judiciaires » (Lazega, 2009, p. 106). À l'instar du réalisme juridique, il insiste sur la nécessité de prendre en compte d'autres dimensions que celle purement juridique. Par exemple, il incite à prendre en compte le contexte économique, politique et social. De plus, il accorde une place aux capacités et à la sensibilité des acteurs juridiques. Ainsi, le juge n'est pas non plus un être purement rationnel, mais « mobilise ses capacités et sensibilités pour prendre ses décisions de justice » (Lazega, 2009, p. 107). Conséquemment, « la décision judiciaire apparaît dès lors comme étant ancrée dans l'expérience du juge [...] » (Lazega, 2009, p. 107).

Au sein de la communauté juridique, le pragmatisme juridique est aisément associé au juge américain Richard Posner, lequel s'inscrit dans une tradition de pragmatistes américains (dont les plus récents sont Daniel Farber (1995), Thomas Grey (1989, 1996), Margaret Radin (1990), etc.) et dont la généalogie philosophique est associée aux philosophes Charles Peirce, William James, John Dewey et, plus récemment, Richard Rorty (Lazega, 2009). En 1972, Posner étend la logique économique du pragmatisme juridique⁶ à d'autres domaines juridiques avec la publication du livre *Economic analysis of law*. Il tend alors à rapprocher le droit des exigences de l'économie telles qu'elles sont définies par les économistes néo-classiques (Lazega, 2009).

Plus près de notre objet d'étude, d'autres théoriciens du droit ont développé une théorie contemporaine du droit pour encadrer et saisir la redéfinition du droit actuelle. C'est le cas par exemple de Renaut et Sosoe (1991 et 1994), Amselek (1982, 1990 et 1994), Ost (1996), Viala (2010) et Lenoble (2002-3, 2006 et 2007). Bien qu'incomplète, cette liste témoigne des publications récentes exposant différentes approches à l'égard de l'arrière-plan épistémologique des transformations du droit. Parmi ces auteurs, Lenoble retient tout particulièrement notre attention dans le contexte de l'étude du pragmatisme juridique contemporain, de par la question normative qu'il pose en terme de « réorganisation de nos modes de production des normes » (2007, p. 7). Le point de départ de la réflexion de Lenoble est le monde vécu, à partir duquel il tente d'« élucider le phénomène juridique [ce qui] revient à comprendre cette pratique par laquelle un groupe social produit une signification normative partagée » (2007, p. 3). Lenoble part du projet de *pragmatic conceptualism* de Coleman et suggère l'existence d'un tournant pragmatiste en philosophie du droit (2006, p. 4). Sommairement, Coleman (1982 et 2007) cerne les insuffisances des critiques interprétativistes du positivisme et celle des théories de l'action (inspirées de la règle de reconnaissance chez Hart) dans le contexte conceptuel plus général de l'internalisme épistémologique, marqué par une tendance « anti-fondationaliste » et les *American legal scholarship*. Pour formuler l'hypothèse du tournant

⁶ Le courant *Law & Economics* est apparu à la fin des années 1950, par la publication du *Journal of Law and Economics*, à l'université de Chicago. Ce courant cherchait à expliciter les domaines du droit explicitement liés à des problématiques économiques.

pragmatiste, Lenoble revisite de près les théories d'Hart, Dworkin, et Putnam et, également Rawls, Kelsen et Habermas. Sa théorie intègre et reprend plus précisément certains éléments des conceptions développées par Jürgen Habermas.

En posant l'hypothèse du tournant pragmatiste, Lenoble se demande comment un groupe social produit de la normativité. Il fournit deux réponses, soit celle d'une théorie du droit en lien avec une théorie du jugement (le phénomène juridique viendrait alors d'un groupe social qui produit une signification normative partagée) et une théorie du droit en lien avec la théorie de la gouvernance. Selon lui, l'approche pragmatique nous incite « à mieux construire les exigences épistémologiques de l'analyse de la pratique sociale par laquelle un groupe social produit de l'autorité normative [...] » et ouvre « [...] la voie à son propre approfondissement et à une compréhension renouvelée des conditions de possibilité de la gouvernance par le droit » (2007, p. 7). Dans cette perspective, Lenoble justifie l'ouverture de l'analyse du concept de droit aux « débats actuels des sciences sociales, c'est-à-dire à la question normative de la souhaitable ré-organisation de nos modes de production des normes » (2007, p. 7).

Le redéploiement conceptuel qu'effectue Lenoble envisage l'approche coopérative et réflexive du jugement en droit (2006). Pour le citer à ce sujet : « [...] la fixation de la signification- ou, pour le dire en d'autres termes, la détermination des effets de sens produits par les opérations de jugements- est fonction d'une forme d'activité coopérative au sein de groupes sociaux en vue de produire des croyances communes » (2006, p. 28). Ainsi, « l'application d'une norme dans la réalité sociale nécessite la mobilisation de ressources qui ne sont pas fournies par la seule opérativité formelle de la raison » (Lenoble, 2006, p. 36). Les écrits de Lenoble, ainsi que ceux rédigés en collaboration avec Maesschalck (Lenoble et Maesschalck 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b), présentent de nouvelles avenues théoriques qui envisagent une composante plus réflexive de la régulation collective par le droit (Lenoble, 2006, p. 41), rapprochant ainsi au plan épistémologique le droit de l'éthique.

En résumé, la théorie de Lenoble, élaborée avec divers auteurs, dont Maesschalk, portant sur la procéduralisation contextuelle et l'hypothèse du tournant pragmatiste, permet d'envisager une nouvelle approche en théorie du droit. Cette nouvelle approche encadre bien les nouvelles transformations qui se fondent tout particulièrement sur une approche plus contextuelle, une prise de parole directe et l'établissement de procédures plutôt que sur l'imposition de comportements déterminés.

À cet effet, Tremblay avance que :

[...] la normativité du droit ne peut se révéler pleinement que dans ce que je nommerai le «moment proprement pratique» du droit. J'entends par «moment proprement pratique» le moment de la mise en pratique du droit dans une situation donnée. C'est le moment où la raison applique à un cas particulier les raisons d'agir et de décider dites «juridiques». En d'autres mots, c'est quand un juriste ou un citoyen répond rationnellement à la question «que dois-je faire?» dans une situation donnée et veut agir en conséquence. C'est le moment du jugement pratique, de la prise de décision et de l'action correspondante. Comprendre la normativité du droit du point de vue interne demande donc de comprendre ce qui se passe dans le moment proprement pratique (Tremblay, 2002-03, p. 88).

Le pragmatisme juridique entend précisément fonder épistémologiquement ce moment « pratique » du droit, celui qui s'incarne dans le monde vécu, c'est pourquoi il s'associe aux récentes transformations du droit, exposées précédemment.

L'objectif poursuivi par l'entremise de l'exposé ci-haut était d'abord de présenter les principales théories du droit afin d'en comprendre les grandes orientations, particulièrement eu égard à la relation qu'elles envisagent avec la morale ou l'éthique. Nous n'avons pas la prétention d'avoir exposé toute la richesse et la complexité de ces approches théoriques du droit, mais ce résumé des principales théories nous permet de voir, à cette étape, que le « nouvel ordre juridique » qui émerge peut être fondé à l'aide du pragmatisme juridique. En effet, les théories associées au pragmatisme juridique brièvement esquissées sont les seules à véritablement prendre en compte les transformations du droit et à réfléchir les mutations actuelles du droit, soit la révision de la force normative, la médiation et l'émergence du droit souple. Elles assurent notamment

une place à la coopération, la composante plus réflexive, la prise de parole directe et l'établissement de procédures plutôt que sur l'imposition de comportements déterminés. Bref, les récentes transformations du droit s'associent aisément au pragmatisme juridique. D'ailleurs, Terré (2007) soutient que les transformations du droit ne correspondent ni aux critères traditionnels du droit naturel, ni à ceux du positivisme juridique de par leur nature et leur forme (Terré, 2007, p. 61). Ainsi, le pragmatisme juridique demeure plus indiqué pour fonder ces transformations du droit. Forte de ce constat, il convient, à ce stade de notre parcours, d'envisager plus directement l'intégration de l'éthique au droit, afin d'articuler plus minutieusement ces liens.

6 L'intégration de l'éthique au droit

Plusieurs auteurs ont abordé l'intégration de l'éthique et de la morale au droit et défendu cette alternative en guise de réponse aux problèmes rencontrés par le droit. D'autres auteurs ont par ailleurs documenté les problèmes que pose cette inclusion. Dans un premier temps, Goyard-Fabre soutient que « (...) le phénomène de régulation des conduites que connote le terme « droit » est inséparable, dans notre monde humain, du souci de la morale et des exigences qu'elle impose» (Goyard-Fabre, 2002, p. 21). Pour cette raison, elle défend la proximité du droit et de la morale, dans les sociétés contemporaines. La pensée de Goyard-Fabre en théorie du droit moderne est précieuse dans le présent contexte puisqu'elle fournit des repères pour réfléchir les liens entre droit et morale.

Malgré le respect qu'impose le travail de Goyard-Fabre, il nous faut bien reconnaître qu'elle omet une dimension importante du phénomène juridique contemporain : elle évacue toute prise en compte de l'éthique. En effet, l'auteur préfère: « plutôt que d'adopter la distinction entre « morale » et « éthique » qui a les faveurs d'une mode intellectuelle » (Goyard-Fabre, 2002, pp. 21-22), distinguer « LA morale - le singulier impliquant la référence à une théorie des valeurs, donc, à un idéal de transcendance –et LES morales- le pluriel indiquant l'existence de divers systèmes d'agencement des règles, c'est-à-dire de divers modèles de régulation des mœurs » (Goyard-Fabre, 2002, pp. 21-22).

Elle retient dans ses travaux plutôt « LES morales » et rejette une approche plus réflexive et dialogique : « l'éthique de la discussion ne peut pas être le chemin d'un droit véritablement humain : elle fait disparaître dans le droit l'éthique de la responsabilité. Habermas reconnaît lui-même que sans l'intériorisation des normes, le droit risque fort d'être dépourvu d'efficacité » (Goyard-Fabre, 2002, p. 40). Bref, pour Goyard-Fabre l'éthique de la discussion ne saurait se tailler une place puisqu'elle « fait disparaître dans le droit l'éthique de la responsabilité » et que sans véritable intériorisation des normes, le droit serait inefficace.

Nous ne pouvons souscrire aux propositions de Goyard-Fabre, qui sont, d'ailleurs, assez lourdes de sens. S'il est certes vrai que la question de l'adhésion à la norme semble cruciale à sa mise en oeuvre (Bégin, 2009 et 2011b), cela ne va pas de soi que « l'éthique de la discussion [...] fait disparaître dans le droit l'éthique de la responsabilité », tel que l'affirme Goyard-Fabre (2002). L'auteure en appelle à un « humanisme juridique », « capable de convertir la liberté de tous en obligations pour chacun [...] [tout en étant] respectueuses de l'ordre de l'esprit et des impératifs de la morale » (2002, p. 40). Or, tel que nous l'expliquerons sous peu, nous ne souscrivons pas à l'équivalence entre les termes morale et éthique. Si l'on accepte une telle équivalence, le prix à payer est la perte de la réflexivité et de l'autonomie propre à l'éthique. En effet, la morale impose ses règles, ses conceptions du bien et du mal. Elle ne met pas de l'avant la pensée critique et réflexive que permet précisément l'éthique, définie dans une certaine perspective, tel que nous le démontrerons. Conséquemment, nous ne croyons pas que Goyard-Fabre reflète le vaste spectre de la redéfinition actuelle du droit.

Dans les faits, le principal problème que pose le choix de Goyard-Fabre à nos yeux est qu'elle cantonne la réflexion uniquement à l'aspect moralisateur du droit, un aspect plus normatif, évacuant les dimensions réflexive, dialogique, axiologique, qui font pourtant partie intégrante des nouveaux développements en droit. Il nous apparaît dès lors important de mettre l'accent sur le lien entre l'éthique et le droit, plutôt qu'uniquement sur les liens entre morale et droit, afin de pleinement saisir les modifications profondes

que connaît le droit. À cet égard, les travaux de Legault se révèlent tout indiqués et devraient nous permettre d'établir de tels ponts.

Comme nous l'avons évoqué dans les pages précédentes, certains chercheurs qualifient les transformations du droit en terme d'éthicisation du droit (Dermange et Flachon, 2002 ; Lalonde, 2003a ; Legault, 2001c et 2011a, p. 20). Cette appellation veut distinguer le phénomène d'éthicisation de celui de remoralisation. Chez Legault, la remoralisation consiste à résoudre des conflits en mobilisant « les acteurs à partir de leur ancrage moral commun (communauté, religion, cause commune etc.). [...] Lorsque ces ressources morales ne sont plus disponibles chez les acteurs, il faut [alors] procéder par la responsabilisation des acteurs face à la solution du conflit » (Legault, 2011a, p. 20). Pour sa part, l'éthicisation du droit permet de placer au cœur des analyses les « relations humaines » et « la qualité des relations dans toute forme d'activité collective et sociale » (Legault, 2011a, p. 20). Ainsi, « l'enjeu de la coordination des acteurs est central dans l'émergence de l'éthique [...] [car elle permet une] approche plus sensible aux relations réelles entre les acteurs [...] » (Legault, 2011a, p. 21). Pour Legault, l'éthique laisse « place à l'autonomie, la créativité [...] [et au] leadership » (Legault, 2011a, p. 21).

Legault en est venu à documenter le phénomène d'éthicisation du droit suite à trois constats qu'il fait: 1) l'insuffisance du droit, 2) le problème que soulève sa moralisation et 3) la nécessité de recourir à l'éthique pour discuter les problèmes dans la sphère publique. Pour formuler ces trois constats, il a recoupé trois types de littérature : un premier corpus essentiellement juridique qui fait référence aux insuffisances du droit (Legault, 1997, 2002-03, 2004a et 2011a). Un second corpus qui fait référence au rôle de l'éthique, à son importance comme substitut et complément au droit (Legault, 1989, 1999, 2001a, 2001b, 2001c et 2005). Un troisième corpus qui fait référence à la remoralisation du droit (Legault, 2002-03 et 2011a). Partant de ces trois constats, il explore l'idée de, non pas remoraliser le droit pour répondre à un de ces constats comme le suggèrent Terré (2007), Dworkin (1986) et Goyard-Fabre (2002), mais bien à une éthicisation du droit pour répondre aux insuffisances du droit (premier constat) et redonner un rôle à l'éthique (second constat). Les propos de Legault reprennent bien ce que l'on peut empiriquement

observer eu égard aux transformations du droit, par exemple par l'entremise de la médiation et de la conférence de règlement à l'amiable (2005). En effet, Legault accorde une place importante au rôle de l'éthique dans la résolution des conflits et la fonction de juger, tel que nous le verrons plus minutieusement lors du découpage du phénomène d'éthicisation du droit.

Au plan théorique, Legault s'appuie sur Fletcher (*Situation Ethics*, 1966 et 1967) pour formuler sa théorie de l'éthicisation du droit. Nous l'avons dit, cette nouvelle théorie en droit remplace la logique de l'obligation morale par celle des valeurs (Legault, 2002-03, p. 159 à 170). Contrairement à Terré (2007) et Goyard-Fabre (2002), on note chez Legault une véritable rupture entre l'éthique appliquée et la normativité morale pour la délibération éthique et le dialogue (Legault, 2002-03, p. 165). Selon Legault, l'éthicisation du droit met l'accent sur la volonté des participants à co-construire et se caractérise par le recours du droit à l'éthique (Legault, 2002-03, p. 182). Legault rejette en partie le discours habermassien qui demeure, selon ses propres termes, « dans les limites du discours moral fondé sur l'autorité du commandement et la légitimité morale de ce qui est commandé » (Legault, 2002-03, p. 178). Le chercheur se demande plutôt s'il est suffisant de commander quelque chose de moralement acceptable pour que le commandement soit légitime. À cette question, il répond par la négative (Legault, 2002-03). La discussion et le dialogue demeurent au cœur de l'éthique qu'il déploie.

Pour Legault, l'inefficience et l'insuffisance du droit ne font aucun doute, puisque le droit s'est historiquement fondé sur sa capacité à énoncer des normes pour en attendre l'actualisation. Mais ce modèle ne fonctionne plus. C'est ainsi que « l'émergence de la médiation et son importance grandissante dans le développement des modes de prévention et de règlement des différends apparaissent, à maints égards, comme une réponse à l'«inefficience» du droit » (Legault, 2002-03, p. 181). Il expose la littérature à ce sujet : celle-ci confirme le discours des praticiens. Tous soulignent l'«inefficience» des tribunaux à rendre justice en raison du « nombre de causes (...) trop considérable, les délais trop longs et, surtout, les coûts exorbitants » (Legault, 2002-03, p. 182). La médiation apparaît donc davantage, pour Legault et d'autres, « comme un lieu de co-

construction de relations intersubjectives dans lesquelles s'inscrit la résolution des litiges plutôt qu'un ethos construit, source de la solution au litige » (Legault, 2002-03, p. 182). Pour reprendre ses termes de nouveau : « l'« éthicisation » du droit se distingue ici de la (re)moralisation du droit essentiellement par l'accent mis sur la volonté des participants à co-construire des relations intersubjectives à la lumière desquelles leurs conflits ou leurs litiges pourront être évalués » (Legault, 2002-03, p. 182).

Bien que peu nombreux, quelques auteurs, tout comme Legault, s'attardent à réfléchir les liens entre éthique et droit et en exposent toute la complexité (Dermange et Flachon, 2002 ; Lalonde, 2003a, 2005, 2007a et 2011). L'extrait suivant tiré de l'introduction d'un collectif sur cette question exprime bien la complexité que posent les emprunts entre droit et éthique, dans nos sociétés:

Rien d'étonnant alors que dans le flou et la complexité des questions contemporaines, le droit se tourne vers l'éthique et l'éthique vers le droit. On peut légitimement suspecter cette volonté d'ouverture lorsque, par exemple, le droit attend de l'éthique qu'elle lui livre une zone de quasi-droit plus souple et plus mobile, moins formellement contraignante et moins démocratiquement fondée; ou lorsque certains attendent que le droit mette au service de l'éthique sa force contraignante pour donner corps à leurs aspirations, à la manière jadis des Églises d'État. Ou encore, on pourra se demander jusqu'où il est légitime que le droit règle des questions qui relèvent classiquement de l'éthique, et l'éthique qu'elle supplée aux indécisions du droit. Mais les nouvelles configurations des rapports de l'éthique et du droit ne doivent pas être nécessairement vues sous les traits péjoratifs de la juridisation de l'éthique ou de la moralisation du droit (Dermange et Flachon, 2002, p. 15).

Malgré la très grande actualité de ce propos, il nous faut néanmoins reconnaître que la question des rapports entre l'éthique et le droit fait tout de même, dans une certaine mesure, l'objet d'une réflexion depuis plusieurs siècles. En ce sens, comme le fait remarquer Müller, « on assiste à un certain mouvement de retour vers les fondements éthiques du droit. C'est bien d'un mouvement de retour qu'il s'agit en effet, dans la mesure où le droit, de toujours sans doute, a médité sur ses propres dimensions éthiques » (2002, p.163). Nous n'avons qu'à nous rappeler à cet égard Antigone, célèbre personnage de la pièce de Sophocle, qui affirmait en son temps l'importance de la réflexion éthique, au sujet du devoir de sépulture. Comme chacun le sait, au nom de valeurs et d'une morale

supérieure, Antigone avait décidé de rendre les hommages à son frère Polynice, malgré l'interdiction du roi Créon. Elle enfreignait ainsi la loi officielle pour rendre hommage à son frère au nom d'un ordre supérieur. Sa réflexion éthique l'a menée à enfreindre la loi, illustrant un type de lien entre éthique et droit, soit celui de la désobéissance à la loi au nom de valeurs supérieures, de même que la tension qui peut émerger entre ces modes de régulation. Bref, Antigone demeure une figure marquante qui a envisagé le rapport droit/éthique, il y a déjà plusieurs siècles.

Nous soutenons que le rapport entre le droit et l'éthique s'entend aujourd'hui d'une manière beaucoup plus vaste, étant donné les transformations actuelles du droit, telles que démontrées dans la première section de la présente thèse. En effet, le phénomène d'éthicisation du droit contemporain désigne une véritable intégration des composantes de l'éthique au droit et non simplement des réflexions superposées. À notre époque, le rapport entre le droit et l'éthique se caractérise par une grande proximité, voire même une certaine fusion, par moment. Il s'agit de véritables emprunts. Dans ses travaux, Legault documente plus exhaustivement le phénomène d'éthicisation du droit et formule des recommandations visant à faire appel à la délibération éthique en réponse aux insuffisances du droit. Ces recommandations sont intéressantes à plus d'un titre et méritent que l'on s'y attarde plus longuement. Selon Legault, nous pouvons identifier deux phases ou moments dans l'éthicisation du droit, dans notre société moderne comme nous l'exposerons plus en détail au chapitre 1. En nous fondant sur les travaux de Legault et la récente littérature sur les transformations du droit (Bégin, 2011b ; Lacroix, 2011b ; Lalonde, 2011 ; Lazega, 2009 ; Lenoble, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Mekki, 2009 ; Ost et Van Kerchove, 1991 et Thibierge, 2009), nous formulons l'hypothèse pour notre part qu'il existe une troisième phase d'éthicisation du droit, comme nous le ferons voir un peu plus loin. Voyons brièvement ces diverses phases.

Pour Legault, la première phase d'éthicisation remonte aux années 1980, alors que l'adoption des Chartes des droits et libertés venait à la fois insuffler une dimension axiologique aux normes juridiques et modifier la fonction de juger des juges. Ces derniers devaient désormais poser des jugements évaluatifs, en fonction d'une double dimension, à

la fois axiologique et normative. Cette première phase trouve également écho chez des chercheurs comme Terré qui réfère à une « réanimation » de l'évolution du droit en Europe, à partir des années 1980, en faveur d'une prise en compte de composantes morale et éthique (Terré, 2007, p. 77). Dans sa deuxième phase, l'éthicisation du droit prend plus d'ampleur et s'apprécie dans tous les domaines du droit. Legault a particulièrement bien documenté la place croissante de la médiation et l'appel au dialogue qui caractérise cette seconde phase d'éthicisation (Legault, 1989 ; 1999 ; 2001a ; 2001b ; 2005 ; 2011a et 2011b).

À partir des constats et analyses faits par Legault et une revue de la littérature contemporaine sur les récentes transformations du droit (Bégin, 2011b ; Lacroix, 2011b ; Lalonde, 2011 ; Lazega, 2009 ; Lenoble, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b ; Mekki, 2009 ; Ost et Van Kerchove, 1991 et Thibierge, 2009), nous formulons pour notre part l'hypothèse d'une troisième phase d'éthicisation du droit. Cette phase va encore plus loin que le recours à la médiation qui marque la seconde phase pour pallier aux insuffisances du droit : elle constitue une véritable mutation, ou reformulation même de la force normative du droit. Elle se caractérise par les divers phénomènes décrits dans la section portant sur la redéfinition du droit, soit la révision de la force normative, l'accent mis sur les destinataires de la norme, la médiation et le droit souple. Elle comporte également l'adoption de lois éthiques, sans que l'on sache par ailleurs toujours très bien ce qu'est justement une loi éthique. C'est pourquoi il nous apparaît maintenant important de présenter cette notion pour les fins de cette thèse, ainsi que la perplexité et le questionnement qu'elle suscite.

6.1 Les « lois éthiques »

De manière générale, nous dirons que les lois éthiques réfèrent explicitement ou implicitement à l'éthique et laissent une autonomie plus ou moins importante aux destinataires de la norme dans l'interprétation, la construction ou la mise en œuvre de la norme. Certaines lois éthiques peuvent porter le terme éthique dans leur titre même, mais ce n'est pas une condition pour les qualifier comme tel. Parfois, ces lois en appellent

directement aux valeurs, aux principes ou encore, ces lois portent sur des sujets très sensibles, d'ordre moral et éthique, qui les placent sous la catégorie de lois éthiques (exemple : soins de fin de vie). Bref, les lois éthiques prennent diverses formes.

De surcroît, pour les fins de cette thèse, nous incluons les projets de loi ainsi que les avant-projets de loi au nombre des lois éthiques. Nous sommes bien conscients que les projets ou avant-projets de loi n'ont pas le même statut juridique qu'une loi. En fait, tel que nous pouvons le lire sur le site de l'Assemblée nationale du Québec : « un projet de loi est un texte législatif présenté à l'Assemblée nationale. Il est étudié par les députés en plusieurs étapes, à l'Assemblée et en commission parlementaire. Une fois adopté par les députés et sanctionné par le lieutenant-gouverneur, le projet de loi devient une loi »⁷, tandis qu' « un avant-projet de loi est une proposition de texte législatif qui peut être soumise par le gouvernement au Parlement. Il est habituellement envoyé en commission parlementaire, où il fait l'objet d'une consultation publique en vue de l'élaboration d'un projet de loi »⁸. L'avant-projet de loi est donc une étape préliminaire au projet de loi. Enfin, une loi est une règle juridique générale et impersonnelle. Elle constitue une source du droit et est généralement adoptée par le parlement. Mais puisque nous nous intéressons à l'appel croissant du législateur à l'éthique, nous considérerons l'ensemble de ces textes législatifs à titre de lois éthiques, même s'ils n'ont pas tous la même teneur légale. Nous aurons l'occasion d'analyser quelques lois éthiques québécoises dans les chapitres suivants.

Nous l'avons dit, certaines lois éthiques peuvent porter le terme éthique dans leur titre même, mais d'autres non. Au Québec, certaines lois comportent dans leur libellé même, un appel à l'éthique. Par exemple, pensons aux lois suivantes: la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* et le *Code d'éthique et de déontologie des membres et l'Assemblée nationale*. Ces lois portent le terme éthique dans leur libellé, tout comme celui de la déontologie d'ailleurs, mais qu'en est-il plus exactement ? En effet, l'usage du terme éthique dans le libellé d'une loi constitue une nouveauté dans le paysage juridique. Que

⁷ <http://www.assnat.qc.ca/fr/abc-assemblee/projets-loi.html>, Consulté le 16 janvier 2014.

⁸ <http://www.assnat.qc.ca/fr/abc-assemblee/projets-loi.html#APL>, Consulté le 16 janvier 2014.

penser de cette nouveauté ? Y a-t-il une distinction ou une équivalence entre éthique et déontologie ? Assistons-nous à certains glissements ?

Au Québec, tel que le rappelle Bégin, quelques universitaires et consultants travaillant dans le domaine de l'éthique appliquée ont soulevé des « objections quant au type d'association entre l'éthique et la déontologie que l'on retrouvait dans ces projets et que l'on retrouve toujours dans les lois maintenant adoptées » (Bégin, 2011b). Pour le philosophe, « il ne va pas de soi pour quiconque a développé une expertise dans le domaine de l'éthique appliquée de voir ainsi associées l'éthique et la déontologie dans des initiatives législatives » (Bégin, 2011b). Bégin soutient même que le législateur fait fausse route. Il y voit un glissement dangereux :

Pour le dire d'une manière aussi sobre que possible, l'idée d'une telle association fait généralement problème. La littérature québécoise spécialisée en éthique appliquée s'est beaucoup employée depuis de nombreuses années à mettre en garde contre des incompréhensions fréquentes au sujet de ces deux termes et qui mènent trop souvent à confondre les visées de l'éthique et de la déontologie et les façons qu'elles impliquent de penser la relation de l'agent moral – minimalement, toute personne apte à poser des actions de manière intentionnelle et réfléchie – aux normes et aux règles qui définissent des attentes à son endroit (Bégin, 2011b).

Le risque d'instrumentalisation de l'éthique est réel et les propos de Bégin pertinents.

Nous voyons ici poindre un phénomène nouveau à la redéfinition du droit : non seulement le droit puise dans l'éthique, mais également dans la sphère de la déontologie, par le biais de nouvelles lois éthiques. En cela, ces lois constituent un terrain propice pour interroger la redéfinition du droit. En raison de cet intérêt, nous ciblerons quelques lois éthiques québécoises pour en analyser la teneur, du point de vue de l'éthique. Nous délimitons notre choix de lois éthiques selon des paramètres que nous exposerons plus en détails, au chapitre 3, et qui ont trait à la territorialité, à la temporalité et à la pertinence du contenu de ces lois, eu égard à l'éthicisation du droit. Au fil de notre étude, nous aborderons plus amplement la question des lois éthiques et aurons plus d'une occasion de

formuler quelques commentaires et réflexions à leur endroit. Pour le moment, retenons que les lois éthiques s'inscrivent au nombre des transformations contemporaines du droit et qu'elles suscitent quelques préoccupations, du point de vue de l'éthique. Et c'est précisément en raison de ces préoccupations que nous avons choisi de consacrer la présente thèse à l'étude de ce phénomène.

Ces préoccupations tiennent pour l'essentiel au fait que pour plusieurs philosophes, il existe une nette distinction entre l'éthique et la déontologie, ce qui nous interdirait de les utiliser à titre de synonyme. Selon la typologie des modes de régulation de Boisvert et als. (2003), introduite au tout début de cette thèse, l'éthique, le droit, la déontologie et la morale sont des modes de régulation distincts. Cela dit, dans le monde vécu, certains recoupements sont possibles. Toutefois, pour Bégin (2011b), l'éthique et la déontologie ne sauraient être considérées comme des synonymes. Même si l'éthique en appelle plus à la réflexivité, et s'éloigne du coup, d'une perspective strictement normative, il n'en demeure pas moins que le législateur ne semble pas tenir compte de cette distinction. Au cœur de la discussion se trouve donc la définition de l'éthique. Aussi, faut-il s'entendre sur ce qu'est l'éthique. La « mésentente », entre le législateur et les philosophes, relevée par Bégin (2011b), s'explique à la lumière des divergences conceptuelles portant sur la définition de l'éthique. Dans le courant d'éthicisation du droit, les auteurs, les philosophes et le législateur, mobilisent différentes conceptions de l'éthique et, incidemment, du droit. Peu d'entre eux prennent la peine de définir ce qu'ils entendent par l'usage du terme éthique. C'est pourquoi il nous apparaît important d'approfondir la définition de l'éthique, du point de vue de la philosophie, au chapitre 1. Cette étape nous permettra de montrer les différents emprunts du droit à l'éthique, auxquels nous assistons à l'occasion du phénomène d'éthicisation du droit.

Bref, nous constatons déjà que les lois éthiques soulèvent bien des questions. Quelle conception de l'éthique est mobilisée dans ces lois? Quels sont les principaux enjeux que pose l'intégration de l'éthique au droit? Quelle(s) distinction(s) faire entre éthique et déontologie, qui se retrouvent bien souvent côte-à-côte dans ces lois éthiques? Plus fondamentalement, l'étude des lois éthiques nous permettra de soulever diverses

questions de fond relativement au rapprochement entre le droit et l'éthique. Notre question de recherche tend à déterminer la validité conceptuelle des lois éthiques, d'un point de vue philosophique. En effet, se pourrait-il qu'il soit souhaitable de redéfinir les champs du droit et de l'éthique, afin de mieux les dissocier? Comment les auteurs répondent-ils à ces questions? Quelles approches peut-on dégager de leurs travaux? Nous l'avons vu, pour certains, la mutation actuelle du droit brouille la délimitation des catégories juridiques en vigueur (Goyad-Fabre et Sève, 1986; Issalys, 1992; Mockle, 2007; Ost et Van de Kerchove, 2002). Ce constat nous mène à nous interroger du côté de l'éthique. Assistons-nous également à un « brouillage » des courants éthiques par l'entremise des lois éthiques? Dans l'affirmative, serait-il préférable d'envisager la relation droit/éthique selon un modèle de complémentarité ou de subsidiarité?

Nous aborderons ces différents aspects des rapports entre le droit et l'éthique dans la présente thèse en cherchant plus précisément à répondre à la question suivante : quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois? Pour répondre à cette question, nous proposons d'éclairer les récents développements en droit, plus précisément ceux concernant les lois éthiques québécoises, à partir de quelques paramètres en provenance de l'éthique, du droit et de la sociologie, regroupés dans une grille d'analyse. La pluralité de paramètres de cette grille nous permettra de cerner les transformations sociologiques, épistémologiques et pratiques relatives aux transformations du droit. Par exemple, certains paramètres nous permettront d'identifier la nature plus prescriptive du discours juridique qui le caractérise traditionnellement. D'autres feront ressortir que le droit s'éthicise, selon une approche principiste ou réflexive. Les résultats de notre examen nous permettront par la suite de prendre un recul pour dégager les enjeux, voire les limites, que posent les lois éthiques, et plus largement, l'éthicisation du droit, au plan philosophique.

Notre thèse nécessite une réflexion interdisciplinaire. Celle-ci s'avère nécessaire de par la nature même du phénomène d'éthicisation du droit, qui relève à la fois du droit, de l'éthique et de la sociologie. Afin de mieux cerner et analyser ce phénomène, soit les lois éthiques, nous aborderons différents lieux théoriques, avec un accent marqué pour

l'éthique. Nous espérons qu'à terme notre travail fournisse des repères pour apprécier les lois éthiques, et plus largement, les récentes transformations du droit. Notre thèse déploie un cadre conceptuel interdisciplinaire dans une perspective de philosophie pratique : elle fera le pont entre les théories éthiques et légales et les pratiques du droit, en insistant tout particulièrement sur les défis que nous identifions à cet effet. La philosophie pratique remonte à Aristote et s'est tout particulièrement incarnée dans les écrits de Kant (Lacroix, 2014b, p. 6). Elle cherche à proposer un canevas d'explication en vue d'applications concrètes. Bref, la philosophie pratique aborde la philosophie en vue de son application concrète (Lacroix, 2014b, p. 7).

Nous articulons notre démarche en quatre chapitres. Le chapitre 1 documentera les insuffisances du droit ; puis, en réponse à ces insuffisances, l'éthicisation du droit. Nous explorerons la définition de l'éthique et ferons ressortir deux approches prédominantes en éthique soit: l'approche principiste et l'approche réflexive. Le chapitre 2 sera consacré à l'élaboration d'une grille d'analyse construite à partir de la littérature en éthique, en droit et en sociologie. Ce chapitre nous permettra d'éclairer la réappropriation actuelle de l'éthique par le droit, en fonction des différents courants en éthique. Cette grille nous aidera à dégager une typologie de l'éthicisation du droit selon deux pôles : l'approche principiste et l'approche réflexive. Au chapitre 3, nous mettrons en œuvre la grille d'analyse à quelques exemples de récentes lois éthiques québécoises. En plus de valider l'efficacité de notre outil, cette démarche nous permettra de voir plus concrètement à quoi s'arriment les lois éthiques. Cette analyse nous permettra, au chapitre 4, de répondre à notre question de recherche, à savoir : quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois? Sommairement, nous formulerons l'hypothèse du point de vue de l'éthique que les lois éthiques sont compatibles avec l'approche principiste, mais incompatibles avec l'approche réflexive. Nous aurons l'occasion d'expliquer les raisons justifiant cette position, au chapitre 4. Ci-après se trouve un aperçu plus détaillé de chacun des chapitres.

7 Chapitre 1

Le chapitre 1 documente de manière plus exhaustive le phénomène de l'éthicisation du droit, en identifiant les trois phases successives de ce phénomène. C'est à la troisième phase que l'on retrouve les lois éthiques. Nous comptons faire voir que l'intégration du discours éthique par le droit se manifeste de manière hétéroclite dans cette troisième phase. Nous verrons que les auteurs ne mobilisent pas toujours la même conception de l'éthique. Nous mettrons en évidence ces distinctions. Pour l'essentiel, il s'agit parfois d'une intégration de composantes réflexives, qui s'apprécient par l'intégration d'un processus réflexif et la mise en place d'une co-construction de la norme, tandis qu'il s'agit à d'autres occasions d'une approche plus déontologique, qui réfère à des obligations et des sanctions.

Afin de bien saisir ce phénomène, nous associerons ces orientations à deux courants en philosophie: l'approche principiste et l'approche réflexive. Nous étayerons ces approches grâce aux travaux d'auteurs contemporains. Pour l'apport théorique de l'approche principiste, nous nous tournerons vers des philosophes tels Fletcher et Dworkin. Nous démontrons par exemple que Dworkin cherche une dimension culturelle, axiologique, morale aux normes juridiques par le renvoi à des principes. Sa posture s'associe à la première phase d'éthicisation du droit, marquée par l'avènement des Chartes des droits et libertés. Cette approche a modifié radicalement la fonction de juger et s'inscrit dans un désir de remoraliser le droit. Nous illustrerons également la proximité de l'approche principiste avec la déontologie et la morale. Pour l'apport théorique de l'approche réflexive, nous mobiliserons les travaux de philosophes tels Dewey, Schön, Lenoble et Legault qui relèvent des insuffisances du droit et de sa remoralisation. En réponse à celles-ci, ils en ont appelé à des nouvelles approches fondées sur des conceptions distinctes de l'éthique. À terme, la comparaison des cadres conceptuels déployés par l'ensemble de ces auteurs, tant pour l'approche principiste que pour l'approche réflexive, nous permettra de poser les jalons de l'éthicisation actuelle du droit.

8 **Chapitre 2**

Au chapitre 2, nous construirons une grille afin d'analyser la présente réappropriation de l'éthique par le droit et en éclairer les fondements épistémologiques. Nous mobiliserons des concepts de la philosophie, du droit, de la sociologie et de l'éthique pour fournir un éclairage qui soit le plus complet possible afin de saisir la complexité de ces transformations. La grille nous aidera à mieux analyser le discours juridique renouvelé, essentiellement du point de vue de l'éthique, en faisant ressortir deux approches, l'approche principiste et l'approche réflexive. La première se fonde essentiellement sur un appel aux principes, tandis que la seconde, sur la réflexion des acteurs. Sommairement, voici les paramètres de cette grille:

1) Exigence d'adhérer à une morale au nom de certains principes

Ce premier critère nous permettra d'identifier si une norme juridique repose sur certains principes moraux, politiques, culturels, etc. afin d'identifier une posture plus principiste.

2) Caractère prescriptif de la norme juridique

Ce deuxième critère permettra de voir si la norme constitue une restriction, un ordre ou un commandement, bref, si la norme et son contenu sont imposés et constituent un devoir.

3) Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Ce troisième critère dévoile une posture plus classique ou traditionnelle en droit, où la norme ordonne et impose le comportement et prévoit des sanctions en cas de manquement(s).

4) Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Ce quatrième critère nous mène à déterminer le degré d'autonomie octroyé aux destinataires de la norme.

5) Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle

Ce cinquième critère distingue un mode de gouvernance axé sur la co-construction versus un mode de gouvernance fondé sur le contrôle et l'autorité.

6) Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Enfin, ce dernier critère permet d'apprécier la souplesse et flexibilité qu'une norme prévoit dans sa mise en œuvre dans le monde vécu.

Les trois derniers critères visent à capter une ouverture de la norme vers une éthique dite réflexive. Ils sont construits à partir des caractéristiques de l'éthique réflexive, soit l'autonomie, la liberté d'adhésion et la co-construction. Nous aurons l'occasion d'expliquer l'ensemble de ces critères et de les justifier de manière plus exhaustive.

9 Chapitre 3

Le chapitre 3 sera l'occasion d'appliquer notre grille d'analyse à quelques exemples bien concrets d'éthicisation du droit, soit des lois éthiques choisies en contexte québécois. Nous expliquerons la méthodologie appliquée dans la sélection des textes au tout début de ce chapitre. Essentiellement, ces lois retiennent notre attention de par leur nouveauté, c'est-à-dire leur caractère inédit et le rapprochement droit/éthique, ou des sujets qu'elles abordent (sujet à connotation hautement associée à la philosophie morale, tels les soins de vie). Dans l'ordre, nous étudierons: 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Nous aborderons les mesures entreprises par le législateur québécois dans cette mouvance du

droit vers des horizons plus souples et plus éthiques. L'analyse que nous en ferons nous permettra d'apprécier très concrètement l'intégration de l'éthique au droit, au plan pratique, et de fournir l'éclairage théorique pertinent afin de tirer quelques constats sur l'éthicisation actuelle du droit.

10 Chapitre 4

Le chapitre 4 sera l'occasion de répondre plus directement à notre question de recherche, à savoir, quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois? Nous anticipons d'ores et déjà que l'éthicisation actuelle du droit pose certains problèmes au plan éthique. Ce chapitre sera l'occasion de voir si la redéfinition du droit s'envisage bien au plan conceptuel tant avec l'approche principiste que réflexive. En effet, sera-t-elle apte à préserver les modalités et les finalités propres à l'éthique réflexive? C'est ce dont nous discuterons avant de défendre un redéploiement du discours éthique (pratique réflexive) autonome, et à l'extérieur du droit. Pour justifier cette proposition, nous nous appuierons sur l'analyse déployée tout au long des chapitres précédents. Plus largement, cette discussion nous mènera à envisager la relation entre le droit et l'éthique pour laquelle nous dégagerons trois modalités relationnelles: la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence (Lacroix, 2011b et 2014a).

Évidemment, cette typologie pose de nouveau la question des modes de régulation et de leur interaction. Ainsi, nous discuterons des risques de dérapages et de confusion associés à l'éthicisation du droit, notamment eu égard à la « juridisation » de l'éthique (Dermange et Flachon, 2002). Afin de déjouer ces risques, nous envisagerons une dynamique plus égalitaire dans la mise en oeuvre de l'éthique et du droit. Nous insisterons sur leur complémentarité afin de bien préserver la nature et la finalité de l'éthique réflexive. En premier lieu, cela réduira la confusion et les dérapages. De plus, tel que le remarquent Dermange et Flachon, « avec l'éthique, on pourrait alors mieux tenir compte du pluralisme, des sentiments de l'opinion publique, du caractère mobile des différends et parvenir à une meilleure efficacité » (Dermange et Flachon, 2002, p. 205). C'est pourquoi nous opterons au terme de notre parcours pour un déploiement plus juste, autonome et

équilibré de l'éthique réflexive et du droit dans nos sociétés, afin de préserver pleinement la dimension réflexive de l'éthique.

CHAPITRE 1

1 Introduction

Telles que décrites en introduction, les transformations récentes du droit témoignent de l'insuffisance des catégories juridiques, ce qui crée un brouillage normatif (Goyad-Fabre et Sève, 1986 ; Issalys, 1992 ; Mockle, 2007 ; Ost et Van de Kerchove, 2002) et soulève la question de l'étanchéité du droit, vis-à-vis d'autres disciplines. Or, cette confusion n'est pas inédite. Par le passé, le droit a accusé des commentaires de ce type. Par exemple, la *sociological jurisprudence*, aux États-Unis, l'école du droit libre, en France, et le réalisme juridique américain et scandinave ont tous posé un regard critique sur le droit et son rapport à d'autres disciplines. À cet effet, le réalisme juridique (Dupret, 2010 ; Tourbe, 2010 ; Troper, 2007) a montré, il y a 100 ans, que l'écart entre les théories et les pratiques du droit nécessitaient d'être repensées sur d'autres bases, en incluant par exemple des composantes sociologiques, psychologiques et politiques. Ainsi, le réalisme juridique proposait au début du vingtième siècle une alternative assez singulière et réfractaire à la vision traditionnelle du droit. Il présentait une analyse juridique soi-disant plus adaptée aux besoins des personnes et à la pratique du droit, en défendant une forme moins absolue et plus contextuelle du raisonnement juridique. Dans cette perspective, il a formulé une conception plus ouverte et davantage perméable du droit.

C'est en ce sens que nous pouvons affirmer aujourd'hui que le réalisme juridique a favorisé l'évolution des théories du droit et, d'une certaine manière, a ouvert la voie aux recherches tentant de rendre compte des actuelles transformations du droit. Encore aujourd'hui, il est possible de constater que ce courant de pensée a véritablement ébranlé les fondements traditionnels des recherches en droit et laissé une empreinte durable sur la pensée juridique américaine et canadienne. Pour ces raisons, nous revenons dans ce chapitre sur le réalisme juridique, afin d'expliquer et de mieux contextualiser l'émergence de l'actuelle éthicisation du droit. Partant de là, nous exposerons ensuite les trois phases, ou moments, d'éthicisation du droit.

Au début des années 2000, Legault (2002-03) identifiait deux phases dans le processus d'éthicisation du droit. La première concerne essentiellement la fonction de juger avec l'avènement des Chartes et la seconde, la transformation du droit par l'introduction de nouveaux modes de règlements, tel que la médiation. Par-delà les propos de Legault, nous documenterons une troisième phase du phénomène d'éthicisation du droit, afin de refléter pleinement les récentes transformations du droit. En fait, c'est la littérature récente portant sur la redéfinition du droit (Bégin, 2009, 2011a et 2011b; Genard, 2000 ; Lacroix, 2009, 2011b ; Lalonde, 2009 et 2011 ; Mekki, 2009 ; Thibierge, 2009) qui nous mène à formuler l'hypothèse d'une troisième phase, qui comporte des caractéristiques singulières. Ces chercheurs insistent en effet pour mentionner que le droit se redéfinit maintenant dans sa formulation même. Selon eux, nous assistons en effet à une multiplication des instruments normatifs comportant une normativité plus souple, corrélée par un amoindrissement de ses sanctions (Mekki, 2009 ; Thibierge, 2009). Ce à quoi il nous faut également ajouter l'inclusion de l'éthique dans certaines lois (lois éthiques), que ce soit fait explicitement ou implicitement, altérant de facto la forme normative traditionnelle du droit.

Afin de rendre compte de l'ensemble de ces modifications, pour les fins de cette thèse, nous définirons au total trois phases distinctes de transformations du droit. Précisons déjà que les éléments des diverses phases sont cumulatifs, de sorte qu'une fois identifiés, ils se retrouvent dans les phases subséquentes. Ainsi, les éléments des phases 1 et 2 demeurent présents dans l'état actuel du droit. En témoigne le fait que le droit comporte encore un appel aux valeurs par l'entremise des Chartes à la deuxième phase d'éthicisation (médiation, délibération éthique, arbitrage, etc.). Par-delà ces remarques, nous verrons également que l'intégration du discours éthique par le droit, dans la troisième phase, se manifeste de manière hétéroclite. En effet, le recours ou l'intégration de l'éthique au droit s'effectue en fonction de différentes conceptions de l'éthique. La présence et la cohabitation de ces différentes conceptions de l'éthique dans le domaine juridique soulèvent cependant quelques préoccupations chez les philosophes qu'il convient d'aborder.

En réponse à ces préoccupations, nous explorerons quelques définitions de l'éthique et regrouperons les transformations selon deux pôles : l'intégration d'une éthique dite réflexive, qui met de l'avant des composantes réflexives, tels des processus réflexifs ou la co-construction de la norme, ainsi que l'intégration d'une éthique dite déontologique, qui fait appel à des obligations et des sanctions. C'est ainsi que nous démontrerons que la troisième phase d'éthicisation du droit intègre une éthique parfois réflexive et parfois déontologique. Afin d'approfondir notre compréhension de ce double phénomène et de bien montrer ces emprunts distincts, nous les associerons plus particulièrement à deux courants de pensée en philosophie: l'approche principiste et l'approche réflexive. En plus de retracer l'origine de ces approches en philosophie, nous étayerons les travaux d'auteurs contemporains afin de mieux identifier les nuances épistémologiques existant entre ces approches. Au prochain chapitre, nous éclairerons la réappropriation actuelle de l'éthique par le droit en fonction des différents courants établis dans ce chapitre, pour élaborer une grille d'analyse qui va nous permettre de baliser l'éthicisation du droit. Cette étape nous permettra subséquemment d'éclairer les fondements et orientations de l'éthicisation du droit afin d'en apprécier la validité.

2 Les insuffisances du droit

Selon certains auteurs, l'éthicisation du droit demeure une réponse aux insuffisances du droit (Lacroix, 2002-03, p. 207 ; Legault, 2004b) qui connaît une crise de transition d'un paradigme à un autre au plan épistémologique (Ost et Van de Kerchove, 2002) et plus largement, une crise liée à son « inefficience » à réguler les comportements, au plan social, (Legault, 2002-03, p. 182 ; Otis, 2005), en raison, pour certains, de son manque de légitimité (Habermas, 1997). En ce sens, d'aucuns affirment que le droit accuse un déficit social dans sa capacité à régir les comportements par l'imposition d'obligation(s) (Bégin 2009 et 2011b; Lacroix 2011b ; Legault 2002-03). Au premier chef d'accusation, l'accès à la justice demeure un enjeu de taille, tel que le reconnaissait déjà le ministre de la Justice du Québec, en 2006 (Le Barreau, 2013b). Face aux insuffisances sociales du droit, les citoyens réclament de nouvelles formes de justice ; tandis que les autorités civiles sont confrontées aux limites de leurs pouvoirs politiques et à la montée d'un

« nouvel esprit social »⁹ (Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-03, p. 4). Tel que le souligne Lalonde (2002-03), le constat de la crise du droit est « devenu dans le littérature un sujet presque commun sinon populiste » au point « d'être dénaturé » (Lalonde 2002-03, p. 105, citant Ost, 1996).

Bref, le droit est en crise. L'autorité de la loi et du droit est perpétuellement remise en cause. Par exemple, pour Habermas, le droit traverse une crise de la légitimité de son autorité, de son application et de sa reconnaissance (Habermas, 1997, p. 467). Et pour bien rendre compte de ce phénomène, Habermas a insisté tout particulièrement sur l'écart entre le droit et le monde vécu. Selon lui, l'État a cessé d'être le foyer de l'autorité et conséquemment, la volonté de l'État cesse d'être reçue comme un dogme (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 14). Plus près de nous, des auteurs québécois remarquent que la formule, autrefois infaillible, fondée sur l'énonciation et l'obéissance, *command and control*, ne suffit plus (Bégin 2009 et 2011b; Legault 2002-03), le droit parvenant plus difficilement à imposer le comportement attendu.

Or, cette situation n'est pas inédite : tel que nous l'avons vu en introduction, le droit a accusé des critiques sérieuses dès le début du 20^e siècle, soit bien avant son éthicisation. Il s'avère opportun de rappeler ce contexte pour mieux saisir l'arrière-plan des critiques actuelles quant à la crise du droit, son inefficacité ou son insuffisance, par un retour sur le réalisme juridique qui a littéralement chamboulé la vision traditionnelle de l'ordre juridique. Ce courant rappelons-le a également contribué à l'essor de mouvements plus radicaux, tel que les *Critical legal studies (CLS)*. Les *CLS* ont été jusqu'à remettre en question l'acceptation des normes et des standards en droit. Pour les tenants de ce courant de pensée, le droit est d'abord et avant tout politique, ce qui remet en question toute rationalité juridique. Étant donné ce rejet, nous nous attarderons peu aux *CLS* dans la présente thèse. Nous concentrerons plutôt nos efforts à retracer les grandes lignes du réalisme juridique, puisque celui-ci s'impose comme un courant incontournable en

⁹ Les auteurs réfèrent à cet effet à L. Boltanski et E. Chiapello. 1999. *Le nouvel esprit du capitalisme*. Paris : Gallimard et K. Polanyi. 1983. *La grande transformation : aux origines politiques et économiques de notre temps*. Paris : Gallimard.

philosophie du droit : il s'est mérité reconnaissance et crédibilité. Ce courant est d'autant plus important puisqu'il s'agit du premier courant qui a ébranlé et remis en question la conception traditionnelle du droit et celle du positivisme (Oppetit, 1999, p. 58), ce qui en a éventuellement facilité la redéfinition.

Dès son origine, le réalisme juridique a souligné les limites du droit, voire ses insuffisances, pour reprendre une expression plus contemporaine. Pour les tenants du réalisme juridique, la principale limite ou insuffisance du droit résiderait dans son indétermination (Michaut, 2003) qui s'observe sur le terrain. Ce courant de pensée a ainsi donné lieu à une conception plus empirique du droit, qui affirme que celui-ci est inséparable des dimensions sociologique et psychologique (Troper, 2003, p. 42). Selon ses défenseurs, les propositions du droit doivent pouvoir être vérifiées, ce qui « suppose qu'elles [les propositions du droit] portent non sur un devoir-être, mais sur un être, c'est-à-dire sur des faits observables » (Troper, 2003, p. 42). Pour Ross (1958), l'un des principaux représentants du courant réaliste scandinave, « ces faits [observables] sont de type psychosocial » (Ross cité dans Troper, 2003, p. 42). En d'autres termes, le droit ne peut plus s'élaborer à l'abri des autres discours et pour le comprendre et l'interpréter, il nous faut intégrer des variables psychosociales, soit ce qu'il signifie dans l'imaginaire social, ce qu'il recouvre, et ce que les personnes appelées à l'interpréter incarnent.

C'est dans un tel contexte, et en vertu d'une telle compréhension du droit qu'aux États-Unis, Frank (1948) dénonçait le fétichisme de la règle de droit, mis de l'avant par la conception traditionnelle du droit. Il considérait comme « immature » l'idée qu'il pouvait exister des règles de droit contraignantes pouvant s'appliquer à des cas concrets, d'une manière qui s'apparente exclusivement au raisonnement judiciaire. Il comparait le juge à un musicien : « (...) il signale une même irréductibilité entre la décision et les règles de droit, la mélodie et les notes de la partition, [ce faisant] il fait sentir combien la fonction de l'interprète est vitale pour le droit (...)» (cité dans Michaut, 1987, p 358). Le juge applique les normes certes, mais il décide, ce faisant, dans quelle mesure et selon quelle interprétation elles seront mises en œuvre.

Ce constat va loin pour certains défenseurs de ce courant de pensée et d'aucuns n'hésitent pas à affirmer que: « Décrire le droit en vigueur, c'est donc seulement décrire la norme qu'applique effectivement le juge » (Troper, 2003, p. 42). De tels propos font bien voir qu'aux yeux des tenants du réalisme juridique, le juge demeure le véritable « gardien » de la norme. Il va même, dans certains cas, moduler son contenu ou favoriser une interprétation plutôt qu'une autre dans l'application de la règle. Le réalisme juridique a mis en lumière qu'il faut d'une part s'attarder à la norme que le juge applique véritablement, et d'autre part, à quel parti politique le juge adhère ou quelle église il fréquente afin d'anticiper ou comprendre son interprétation de la norme (Troper, 2003, p. 43). Ce dernier élément est particulièrement important puisqu'il révèle une dimension subjective au droit. D'où l'importance de s'intéresser de près à son principal interprète, soit le juge.

Le réalisme juridique met par conséquent en évidence l'importance de la philosophie politique en droit ainsi que le rôle du juge, principal interprète du droit. Pour reprendre les termes de Michaut, le réalisme juridique a démontré que les : « règles apparaissent comme des instruments de mesure qui renvoient à des idéaux et il faut savoir utiliser les règles pour qu'elles n'entrent pas en conflit avec les idéaux qu'elles sont censées servir » (Michaut, 1987, p. 361). Michaut reconnaît d'ailleurs que le réalisme juridique a offert de nouvelles perspectives pour la poursuite des investigations sur le processus d'interprétation et pour la reprise de l'interrogation sur la notion de principes dans la pensée juridique (Michaut, 1987, p. 374).

À l'instar du réalisme juridique, d'autres ont poursuivi les réflexions sur l'interprétation du droit, les liens entre le droit et les autres disciplines, ainsi que sur la place des principes dans l'interprétation et l'application de la norme. Nous pouvons entre autres, évoquer les travaux de Dworkin, sur lesquels nous fonderons nos réflexions subséquentes quant à ce que nous qualifierons, faute de mieux, d'approche principiste de l'éthicisation du droit. Pour le moment, il s'agit de retenir qu'en remettant en cause les postulats du positivisme (Oppetit, 1999, p. 58), le réalisme juridique a favorisé l'évolution de la représentation du droit en attribuant une place fondatrice à l'interprétation de la norme,

au rôle du juge et à l'interdépendance du raisonnement juridique avec d'autres disciplines, telles la sociologie et la psychologie. Cette théorie a démontré que le juge demeure influencé, consciemment ou non, par les idées qu'il partage avec le citoyen (conception de la nature humaine, motivations humaines, possibilités sociales et valeurs éthiques, origines, convictions sociales et politiques, etc.) (Michaut, 1987, p. 370). Et dans ce même ordre d'idées, elle révèle les insuffisances des théories du droit de l'époque à rendre compte du monde vécu, pour reprendre une formule habermassienne.

Que l'on soit ou non d'accord avec la théorie du réalisme juridique, il n'en faut pas moins reconnaître qu'elle a facilité l'évolution au-delà de la vision plus traditionnelle du droit et permis l'essor d'autres courants qui ont poursuivi, bonifié ou critiqué ces prémisses, tel le pragmatisme juridique. L'actuelle reformulation du droit s'inscrit largement, rappelons-le, sous le pragmatisme juridique: elle propose une version renouvelée, plus incarnée, du droit dans le monde vécu, laissant au législateur la possibilité de « délibérément introduire dans le texte de la loi des notions à contenu variable, flou, indéterminé, telles que l'équité, le raisonnable, l'ordre public, la faute, en laissant aux juges le soin de les préciser dans chaque cas » (Perelman, 1984, p. 365). Cette vision différente du droit, plus empirique et incarnée, se révèle également être plus étroitement liée aux autres composantes sociales, notamment la composante éthique.

Nous l'avons affirmé, le droit se transforme désormais au profit d'une dimension éthique rehaussée, c'est-à-dire qu'il fait place à l'autonomie, à la réflexivité et à l'apport des destinataires. En fait, l'appel aux destinataires de la norme devient pratique courante, tel que nous le détaillerons de nouveau prochainement. En ce sens, l'éthicisation du droit partage un lien avec le réalisme juridique, ainsi que le pragmatisme juridique : ces théories nous obligent à reconsidérer et envisager le droit dans son contexte d'émergence, dans le monde vécu. Mais encore faut-il savoir, lorsqu'il est question de l'éthicisation du droit, à quelle(s) éthique(s) réfère-t-on et de quelle manière elle(s) est(sont) intégrée(s) au droit. Ainsi, par-delà ses origines, une question, tout aussi fondamentale, se pose : qu'est-ce que l'éthicisation du droit ?

3 L'éthicisation du droit

À l'introduction de la présente thèse, nous avons insisté sur les actuelles transformations du droit. Reprenant l'expression « éthicisation du droit » pour désigner ce phénomène, nous avons précisé que cette expression désigne une intégration des composantes de l'éthique au droit. Nous avons distingué ce phénomène de celui de la remoralisation du droit qui est un appel aux principes et à la morale. Rappelons que les liens entre la morale, l'éthique et le droit demeurent complexes (Lavallée, 1993). Nonobstant les diverses ramifications existant entre droit/morale/éthique qui sont largement discutées dans la littérature, nous avons évoqué le fait que peu d'auteurs se consacrent à l'étude du phénomène plus circonscrit d'éthicisation du droit. Qui plus est, certains philosophes s'en tiennent à une stricte équivalence conceptuelle entre éthique et morale (Billier, 2010, p. 11 ; Goyard-Fabre, 2002 ; Terré, 2007).

Par-delà ces remarques d'ordre théorique, force est de reconnaître que le droit se redéfinit dans l'espace public. Notre exploration sociologique des transformations actuelles du droit nous permet de remarquer que ce phénomène s'apprécie tant par des transformations qui se situent à l'extérieur du droit (médiation et droit souple) que par celles qui s'opèrent à l'intérieur de celui-ci (accent sur les destinataires de la norme, révision de la force normative et lois éthiques). Pour les fins de cette thèse, nous concentrerons notre travail sur l'étude plus minutieuse d'une des transformations du droit, qui s'effectue à l'intérieur de celui-ci, soit les lois éthiques puisque ce phénomène législatif revêt, au Québec, un intérêt particulier (Bégin, 2011a).

En effet, au Québec, une série de scandales et de révélations publiques ont mené à la mise sur pied de la *Commission Charbonneau*, tel que relaté dans les premières pages de cette thèse. Or, afin de restaurer la confiance de la population dans ses institutions démocratiques et dans celles et ceux qui les dirigent, en plus de la mise sur pied de la *Commission Charbonneau*, une autre stratégie du gouvernement a consisté à emprunter la voie législative dans le but avoué de redorer l'image des élus (Bégin, 2011a). En décembre 2010, deux initiatives ont culminé avec l'adoption, à quelques jours d'avis, de deux projets

de loi sur l'éthique et la déontologie : le *projet de loi 48* instaurant un code d'éthique et de déontologie pour les membres de l'Assemblée nationale et le *projet de loi 109* portant sur l'éthique et la déontologie en matière municipale. Ces mesures législatives québécoises en matière d'éthique ne sont certes pas les premières en la matière, mais témoignent d'un souci plus pressant de redonner confiance aux citoyens en matière publique. Qui plus est, les références à l'éthique des agents publics ont été plus nombreuses que jamais dans l'espace médiatique ces dernières années (Bégin, 2011a). Les élus se sont eux-mêmes également largement emparés de cette notion dans leurs interventions publiques. À un tel point que, tel que le remarque Bégin, « faire des lois sur l'éthique » « en est pratiquement venu à paraître comme étant quelque chose de nécessaire, d'incontournable » (Bégin, 2011a, p. 5).

Pourtant, ce phénomène récent et en expansion des législations en matière d'éthique a peu fait l'objet de discussions au plan conceptuel et ce, tel que nous le verrons, en dépit du fait que les lois éthiques posent de sérieux défis à ce niveau. De plus, au plan pratique, les prétentions et le rapprochement entre le droit et l'éthique qu'elles impliquent sont inédits et d'une importance incontestable pour nos démocraties. Conséquemment, les lois éthiques méritent notre attention. Il nous semble en effet incontournable de réfléchir cette « nouvelle » cohabitation de l'éthique, du droit et de la déontologie. C'est la raison pour laquelle nous consacrons notre thèse à l'étude de la validité conceptuelle des lois éthiques afin de discuter de la « faisabilité » de l'imbrication des discours éthique et juridique.

Afin de cerner ce phénomène tel qu'il se cristallise à l'heure actuelle, nous choisissons d'étendre la définition d'éthicisation du droit à l'intégration des composantes éthiques, déontologiques et morales au droit. Ce choix s'explique essentiellement par le fait que les législateurs contemporains ne distinguent pas toujours « adéquatement » l'éthique de la déontologie ou de la morale. Puisque nous nous intéressons aux lois éthiques et que concrètement, celles-ci constituent parfois des appels faits indistinctement à l'éthique, à la morale ou à la déontologie, nous proposons d'élargir la définition du phénomène d'éthicisation du droit pour refléter cette réalité empirique et être en mesure de l'étudier

correctement. Cela dit, nous introduirons tout de même des distinctions plus loin dans ce chapitre, afin de mettre en relief les conséquences qu'a ce phénomène sur le traitement de l'éthique.

Afin d'explorer les tensions entre l'éthique, la morale et le droit, il convient pour le moment, de détailler le phénomène d'éthicisation du droit, nonobstant les nuances que nous introduirons plus loin sur la définition même de l'éthique. Les travaux de Legault se révèlent précieux à cet égard. À défaut de trouver une littérature abondante sur l'éthicisation du droit, nous utiliserons les écrits de ce chercheur qui a particulièrement documenté ce phénomène, au Québec. Ils s'avèrent tout indiqués puisqu'au Québec, Legault a littéralement défriché cet axe de réflexion, en philosophie, tant sur le plan empirique en oeuvrant auprès des juristes et de la magistrature québécoise, que sur le plan conceptuel. Il a posé les jalons d'une réflexion contemporaine, du point de vue de l'éthique appliquée, portant sur les rapports entre le droit et l'éthique en contexte québécois. À ce titre, il demeure un incontournable. Pour ces raisons, nous passerons en revue quelques-unes des principales thèses formulées par le chercheur. Elles vont nous permettre d'identifier deux phases, ou deux moments, d'éthicisation du droit.

Au début des années 2000, Legault reconnaissait lui-même les moments ou phases suivantes relativement aux transformations du droit: 1) l'adoption des Chartes et la transformation de la fonction du juge et 2) l'introduction d'alternatives au droit, dont principalement, la médiation (Legault, 2002-03). Ce processus d'éthicisation du droit « diagnostiqué » par Legault au début des années 2000 s'est toutefois accéléré depuis, de telle sorte qu'à notre avis, une troisième phase d'éthicisation du droit s'est fait jour. Il s'agit de la phase actuelle, où le droit cherche à se transformer en profondeur, de l'intérieur, afin de s'assouplir et de dépasser ses propres insuffisances. Dans les sections qui suivent, nous organiserons notre propos à partir de la typologie bipartite de Legault, à laquelle nous ajouterons la troisième phase d'éthicisation du droit, que nous venons d'évoquer.

Avant de débiter, il est important de souligner que ces phases ne sont ni exclusives, ni absolues, puisqu'elles peuvent coexister. Il faut les aborder plutôt comme des moments phares dans le processus d'éthicisation du droit. Dit autrement, ces trois phases représentent, ponctuent et traduisent les éléments clefs de l'éthicisation du droit. Il est par ailleurs opportun de préciser que chacune de ces phases inclut partiellement, ou totalement, les éléments des phases précédentes. En d'autres termes, les caractéristiques de chacune de ces phases se cumulent ou se superposent, de sorte que, la phase actuelle comporte les éléments des phases précédentes. Par exemple, la phase 1 explore la modification de la fonction de juger. Ce constat a été documenté au début des années 1980, lors de l'adoption des Chartes (Bégin, 1990 et 1999 ; Lajoie, 1997 ; Legault, 1989 et 2002-03). Même si nous en sommes actuellement à la phase 3 de l'éthicisation du droit, la transformation de la fonction du juge subsiste encore à ce jour et se retrouve dans l'actuelle éthicisation du droit. La même remarque pourrait se formuler à l'égard de la médiation : bien qu'elle soit associée à la phase 2, elle persiste encore dans l'actuel mouvement d'éthicisation du droit. Ainsi, les trois phases coexistent à ce jour.

3.1 Phase 1 : les Chartes et la transformation du rôle des juges

Selon Legault, le premier moment de l'éthicisation du droit s'est produit avec l'adoption des Chartes des droits et libertés à partir de la fin des années 1970 et le début des années 1980, au Québec et au Canada. En adoptant ces Chartes, les législateurs inscrivent en effet un ensemble de droits fondamentaux comme étant non négociables. Aux dires de ceux et celles qui défendaient l'adoption de ces Chartes, les droits enchâssés dans celles-ci incarnaient les valeurs partagées par tous les citoyens, attribuant au droit une double fonction, celle de rendre justice, de réguler les comportements au nom d'une certaine représentation de la justice, et celle de réguler ces mêmes comportements au nom de valeurs partagées affirmées sous formes de droits inaliénables qui allaient dès lors servir de guide pour interpréter toutes les autres lois. Avant l'arrivée des Chartes, les juges n'avaient pas vraiment à se prononcer sur un ensemble de valeurs dans l'examen judiciaire. Ils devaient plutôt se prononcer sur le droit selon le vieil adage « *dura lex sed lex* » (dure est la loi, mais c'est la loi). Au départ, la teneur et les limites de cette nouvelle

fonction n'étaient pas évidentes. Legault écrit d'ailleurs qu'à l'époque: « L'enchâssement de la Charte dans la constitution crée donc une nouvelle compétence pour les tribunaux mais la nature exacte de ce pouvoir et ses limites ne sont pas établies clairement » (Legault, 1989, pp. 99-100). Cette compétence s'avèrera être, dans les faits, d'ordre éthique. Pour Legault, ce seront les juges eux-mêmes qui délimiteront cette compétence au fil des ans (il évoque à l'appui l'affaire *Morgentaler*, la *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, où les juges s'interrogent sur la délimitation des pouvoirs judiciaires et législatifs).

Pour l'ensemble de la société et le système judiciaire, l'adoption des Chartes a entraîné des changements et des effets importants, tout en soulevant plusieurs incertitudes. Il va sans dire que les Chartes ont transformé le droit constitutionnel canadien. Il y aurait de nombreux commentaires à faire à cet égard, notamment quant à l'exercice d'une fonction politique dans le cadre de l'interprétation judiciaire, par l'entremise des Chartes. Des auteurs tels (Knopff et Morton, 1992 ; Mandel, 1996) abordent ces questions. Mais là n'est pas notre propos et pour les fins de cette thèse, nous nous contenterons de retracer les principaux éléments liés à l'éthicisation du droit. Nous souhaitons dans cette perspective insister tout particulièrement sur le fait que l'adoption des Chartes a permis un rapprochement de taille entre le droit et l'éthique. Ce rapprochement s'observe essentiellement sous deux aspects, selon Legault : 1) le droit reconnaît et protège désormais explicitement un ensemble de valeurs fondamentales et 2) depuis l'adoption des Chartes, les juges se sont vus reconnaître une « fonction éthique » (Legault, 1989). Cette fonction éthique se « traduisait par l'interprétation des droits fondamentaux comme résolution du conflit des valeurs entre la liberté individuelle et la qualité du vivre-ensemble » (Legault, 2002-03, p. 176).

Au Canada, la Charte canadienne des droits et libertés a été incluse dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Son but est essentiellement de protéger les droits des citoyens canadiens contre les gouvernements fédéraux et provinciaux qui adopteraient des actions, des politiques ou des lois qui violeraient leurs droits et libertés individuelles. La Charte des droits et libertés a également pour mission de réunir les Canadiens autour d'un ensemble de valeurs, rehaussant du coup la portée de l'examen judiciaire. Auparavant, les

tribunaux saisis par une question d'ordre constitutionnel se prononçaient essentiellement sur le partage des compétences (fédéral versus provincial), tandis que ces mêmes tribunaux sont désormais saisis de questions sociales complexes et à haute teneur morale, tel l'avortement, les mères-porteuses, l'euthanasie, le suicide-assisté, etc. À titre indicatif, le juge en chef Lamer de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Morgentaler précisait à l'époque que « le droit garanti dans la Charte doit être précisé en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger » (cité dans Legault, 1989, p. 102), donnant ainsi en partie raison aux tenants du réalisme moral qui défendent la contextualisation du droit. Une telle manière de concevoir le droit n'est pas sans amener de nouvelles manières de faire, ce qui nécessite le recours à une réflexivité nouvelle, en termes de valeurs (Lajoie, 1997) et d'intérêts, et non plus simplement en terme d'application de normes. Tremblay s'attarde justement à l'optimisation des valeurs en conflit, dans un article récent, portant sur le principe de proportionnalité (Tremblay, 2012). Nous explorerons quelque peu cette nouvelle fonction éthique des juges, à partir de la Charte canadienne des droits et libertés et de la Charte québécoise, puis de la littérature québécoise et européenne.

L'article 1 de la Charte stipule que « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Cet article a été interprété notamment dans *R. c. Oakes*, 1986 1 R.C.S. 103. Dans son jugement, la Cour suprême du Canada énonce les valeurs devant guider cette interprétation et fournit un test pour déterminer si la démonstration de l'objectif peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce test est désormais connu sous l'appellation du « test Oakes » et a été rédigé par le juge en chef Brian Dickson. Ce test s'applique lorsque le demandeur a prouvé qu'une disposition de la Charte a été violée ; il incombe alors au Procureur général de prouver que sa restriction satisfait les exigences du test. La violation peut être justifiée lorsqu'il y a un objectif réel et urgent et que les moyens sont proportionnels.

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique », contenue dans l'article. L'inclusion de ces

mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la Charte dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une « société libre et démocratique », lesquels peuvent comprendre le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous jacents d'une « société libre et démocratique » sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Au Québec, l'article 9.1. de la Charte québécoise énonce une disposition limitative : elle prescrit que les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. Ainsi, le juge doit, en contexte québécois, composer dans son jugement avec les lois et règlements, certes, mais également avec les valeurs démocratiques, l'ordre public et le bien-être général, sans que ces valeurs ne soient spécifiées ou définies. Ces exigences fondées sur une conception libérale et peut-être plus utilitariste du vivre-ensemble incitent le juge à soupeser et pondérer les intérêts de chacun lorsqu'il se prononce sur des questions délicates qui portent sur les droits fondamentaux des individus.

Ainsi, le juge doit désormais pondérer les intérêts des parties afin de protéger les valeurs fondamentales de notre société. À ce sujet, citant De Schutter, Bernatchez affirme que : « (...) la technique de la pondération des intérêts témoigne d'une transformation importante du contrôle de constitutionnalité et du jugement juridique en matière de droits et libertés, qui s'inscrivent dans des mouvements de déformalisation et de contextualisation du droit » (Bernatchez, 2012, p. 78). L'application des droits et libertés « exige qu'ils soient mis en balance avec les intérêts légitimes de la société » (Bernatchez, 2012, p. 79). Il s'agit là d'un travail exigeant car l'équilibre à atteindre est délicat et jamais

très bien circonscrits. Dans cette tâche, le juge doit faire preuve d'une réflexivité accrue en termes de valeurs (Bernatchez, 2012).

C'est en ce sens que pour plusieurs, l'adoption des Chartes est venue modifier le rôle des juges (Legault, 1989 ; Bernatchez, 2012) en les incitant à réfléchir le droit en fonction de valeurs qui ne sont nulle part précisées, ce qui leur laisse tout l'espace pour les identifier, les analyser et les discuter. De la sorte, la dimension axiologique des normes juridiques transforme la fonction de juger et favorise l'éthicisation du droit. Les juges posent désormais des jugements évaluatifs, en fonction de composantes axiologiques et normatives (Lajoie, 1997). Ils sont dès lors investis d'une fonction éthique (Legault, 1989). Pour Legault, « c'est davantage dans l'évaluation de la rationalité des fins visées, plutôt que des moyens utilisés, que s'exprime la fonction éthique des juges » (Legault, 1989, p. 108). Il précise par ailleurs, au sujet de la fonction éthique que :

La fonction éthique consiste pour une personne à développer sa capacité d'autonomie personnelle face aux valeurs proposées de l'extérieur et de cohérence entre l'appropriation des valeurs et l'action correspondante. Cette fonction éthique se développe par le biais de la clarification des valeurs proposées dans notre éducation et dans notre milieu [le soulignement est de nous] (Legault, 1989, p. 108).

Le rôle de clarification des valeurs dans notre société démocratique consacrées dans les Chartes relève par conséquent bel et bien de l'éthique comme l'affirme Legault (1989, p. 104). Avec l'avènement des Chartes, les juges évaluent désormais le caractère raisonnable de la restriction posée par les pouvoirs législatifs aux droits et libertés (Legault, 1989, p. 106). Bégin écrit à la même époque que :

[d]ans une telle perspective typiquement positiviste-formaliste qui conduit souvent à une extrême retenue judiciaire, on abandonne donc l'évaluation de la rationalité des fins visées, évaluation devant s'effectuer sur base des normes dont la protection est pourtant l'objectif même de la Charte. Cette attitude a pour conséquence de laisser au législateur une marge importante d'intervention préférentielle dans les questions relatives à notre éthique collective. De gardien des normes, le juge se transformerait alors en gardien des moyens utilisés par le législateur pour inscrire dans l'ordre social ses préférences axiologiques, non questionnées à l'aune des normes (Bégin, 1999, p. 234-35).

L'extrait cité fait mention d'un repli de la Cour : de gardien de normes, la Cour se dirige vers une fonction de « gardiens des moyens ». Cette expression illustre que les juges participent à l'essor des normes sociales par l'entremise de leur fonction d'interprétation (« gardiens des moyens ») (Bégin, 1990 et 1995). Près d'une décennie plus tard, allant dans le même sens, Bégin affirme que les Chartes instaurent « le pouvoir judiciaire en gardien devant veiller au respect des normes [morales] » (Bégin, 1999, p. 230).

Les propos de Legault et de Bégin trouvent également écho sur la scène internationale. En effet, le rapprochement de l'éthique et du droit dans la fonction de juger des juges est documenté dans la littérature européenne. À titre indicatif, à cette époque, soit à partir des années 1980, Terré réfère à une « réanimation » de l'évolution du droit en Europe, en faveur d'une prise en compte de composantes morale et éthique (Terré, 2007, p. 77). Bref, le début des années 1980 sonne le glas d'une vision et d'une fonction officiellement « purement juridique » aux juges : ces derniers doivent désormais composer avec la dimension axiologique des Chartes et accomplir une nouvelle fonction interprétative¹⁰.

En somme, dans cette première phase d'éthicisation du droit, les Chartes ont mis de l'avant un ensemble de valeurs fondamentales et modifié le travail des juges : ceux-ci sont désormais versés d'une « fonction éthique » (Legault, 1989). Cette première phase de l'éthicisation du droit a contribué à assouplir la vision positiviste du droit (Oppetit, 1999, p. 58) en octroyant une réflexivité nouvelle aux juges. Lors de la deuxième phase d'éthicisation, la mise en place d'alternatives au droit a mis de l'avant l'importance de la délibération éthique et du dialogue par les divers agents. D'aucuns remarquent l'expansion du rôle des juges dans des fonctions non traditionnelles et alternatives au droit, comme la fonction de médiateur dans un litige. Cette alternative de la médiation ouvre la voie à la deuxième phase d'éthicisation du droit.

¹⁰ Soulignons que cette nouvelle fonction interprétative est contestée par certains. D'aucuns invoquent le fait que de tout temps, le droit a eu une dimension interprétative : simplement, les juristes ont pendant bien longtemps cherché à la camoufler. D'autres, soutiennent carrément que ce type de lecture des Chartes est inadmissible. À cet égard, Habermas affirme : « Quant à une Cour constitutionnelle qui obéit à une conception procéduraliste de la Constitution, [...] elle n'a nullement besoin d'abuser de la légitimité dont elle est créditée et peut rester dans les limites des compétences de l'application du droit, clairement définies en termes de logique de l'argumentation » (1997, p. 303).

3.2 Phase 2 : les alternatives au droit

Déjà, dans son article publié en 1989, *La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada*, Legault affirmait que « La compétence éthique passe par la parole et le dialogue sur les fins et les moyens afin de trouver non pas un compromis stratégique des intérêts mais une solution qui donne un sens partagé à nos actions humaines » (Legault, 1989, p. 108). C'est précisément l'appel au dialogue par la mise en place de méthodes alternatives au système judiciaire qui caractérise cette deuxième phase d'éthicisation du droit. Ainsi, le phénomène de transformation du droit prend une nouvelle forme: les instances judiciaires accordent une place de plus en plus grande aux modes alternatifs de règlement des différends afin de permettre l'intégration d'une dimension plus réflexive au droit. Ce nouveau phénomène attire l'attention des chercheurs québécois qui y ont vu une nouvelle évolution du droit, une manière de répondre à ses insuffisances. C'est ainsi que Legault a concentré ses réflexions sur l'alternative qu'offre l'éthique à l'obligation morale et juridique (Legault, 2001a, 2001b, 2002-2003, 2004a, 2004b, 2005 et 2011a) tandis que Lalonde va insister sur les modes privés de règlement des différends et la médiation plus particulièrement (Lalonde, 2001, 2001, 2002-03, 2003b et 2005).

Pour ces auteurs (Legault 2001a, 2001b, 2002-2003, 2004a, 2004b, 2005 et 2011a ; Lalonde, 2001, 2001, 2002-03, 2003b et 2005), la délibération éthique et le dialogue permettent de dépasser la crise du droit (Habermas, 1978 et 1997). À leurs yeux, l'éthique offre une solution puisqu'elle transforme au plan social l'approche morale en remplaçant la logique de l'obligation par celle des valeurs et de la délibération (Legault, 2002/03, p. 13). La délibération éthique permet ainsi de réfléchir et de pondérer les normes, les valeurs, les conséquences d'une action vers une prise de décision raisonnable et responsable (Legault, 1999). Elle incite un dialogue avec les parties prenantes pour expliquer la décision et les raisons la justifiant (Habermas, 1978 et 1997). En ce sens, des philosophes québécois soutiennent également l'idée que l'éthique, par l'entremise de la délibération et du dialogue, serait mieux disposée à répondre aux nouveaux enjeux sociaux et à la nouvelle demande morale (Bégin, 2009 et 2001 ; Lacroix, 2002-03 et

2011b). En cela, l'éthique constitue une alternative sociale intéressante pour dépasser les limites ou les insuffisances du droit.

Lors de la deuxième phase d'éthicisation du droit, des processus, tels la médiation, les modes privés de règlement des différends¹¹ et l'appel au dialogue, acquièrent une nouvelle importance. L'émergence de ces nouveaux modes de règlement des différends s'explique surtout par le fait que: 1) le droit nécessite un rajustement et 2) ces nouveaux modes de règlement des différends constituent une réponse aux limites du droit positif qui ne peut régler tous les différends (Legault, 2001b). Trois méthodes sont alors couramment utilisées: la négociation, la médiation et l'arbitrage. Chacune de ces solutions constitue une procédure distincte et peut être utilisée seule ou en combinaison avec d'autres approches. L'élément central de cette alternative reste la médiation. Pour reprendre les termes de Legault: « L'appel à la médiation plutôt qu'au judiciaire pour résoudre les conflits est le fer de lance de l'approche alternative » (Legault, 2001b, p. 69). La médiation, lorsqu'elle réussit, ne fait que des gagnants (Legault, 2001b, p. 69), contrairement au système de droit traditionnel, qui fait un gagnant et un perdant. Elle offre une solution « de rechange au judiciaire » (Legault, 2001b, p. 69). Pour ces raisons, nous nous attarderons plus longuement à la médiation aux paragraphes suivants.

La médiation permet d'atteindre des résultats impossibles pour les tribunaux judiciaires et administratifs, puisque ces derniers s'inscrivent dans une logique de débat contradictoire. L'approche préconisée traditionnellement en droit fait un gagnant et un perdant à l'issue d'un procès. Pour sa part, la médiation s'appuie sur la co-construction et vise le mieux être des deux parties. En ce sens, la médiation peut être reconnue comme une autre manière de rendre justice: une manière informelle et non procédurale (Legault, 2001b, p. 78). Un tel constat a mené la Commission du droit du Canada à formuler l'hypothèse que ces nouveaux modes de règlement des différends participaient à un

¹¹ Différentes appellations ont été utilisées en référence à ce phénomène: conciliation, mode alternatif des règlement de conflits, règlement extrajudiciaire des conflits. La plus récente est les modes des règlements des différends. Il s'agit de l'expression récemment retenue par le législateur québécois dans le projet de loi no 20, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, que nous étudierions au chapitre 3. Pour ces raisons, nous retenons cette appellation pour la présente thèse.

mouvement de fond, soit la transformation de la justice (Legault, 2001b, p. 70). Ainsi, la médiation « semble répondre aux insuffisances du système contradictoire à rendre la meilleure justice dans tous les cas » (Legault, 2001b, p. 79). Dit autrement, au sein du système légal, la médiation trouve principalement sa « justification dans les ratés du système judiciaire, dans les coûts excessifs des procédures, dans les limites inhérentes au débat contradictoire et dans l'engorgement des rôles des tribunaux » (Noreau et Amor, 2004, p. 270). Lalonde, pour sa part, formule la thèse d'une nouvelle justice. Pour ce faire, elle fait, entre autres, référence aux coûts et délais du système classique. Pour la chercheuse, l'internormativité s'avère un élément crucial : elle répond à l'appel d'une nouvelle offre de justice qui promulgue la possibilité de transformer les relations humaines (Lalonde, 2002-03, 2007a, 2007b et 2009).

Les propos de ces chercheurs sont corroborés par ceux de certains juristes, comme la juge Otis, pionnière en matière de médiation au Québec et ancienne juge de la Cour d'appel du Québec. Cette dernière a conçu et administré un programme de médiation judiciaire au Québec. Elle s'est de plus impliquée dans des programmes de réforme de la justice dans différents pays¹². Dans un article publié en 2001, elle retrace l'origine de la « crise du système classique de justice civile » (Otis, 2001) et identifie les facteurs suivants comme en étant les principales causes: la lourdeur du débat contradictoire, les défaillances du système lui-même, les délais, la procédure accusatoire et contradictoire, la complexité du monde juridique, la polarisation des rôles (demandeur-défendeur; appelant-intimé), les coûts afférant à la résolution des litiges et les traumatismes physiques et psychologiques associés aux procédures judiciaires. Elle affirme que la culture juridique classique fondée sur une démarche antagoniste « amplifie irrémédiablement » les conflits plutôt que de les réduire (Otis, 2005, p. 11). Selon elle, les limites inhérentes au système de droit fondé sur le débat contradictoire demeurent nombreuses et empêchent les parties de trouver la meilleure solution susceptible de résoudre véritablement le litige. En réponse à ces difficultés, elle invite les juristes et les citoyens à se tourner vers une alternative : la justice conciliationnelle (Otis, 2001). Une telle conception de la justice propose des

¹² <http://www.louiseotis.com/>, Consulté le 15 septembre 2014.

modèles de réglementation alternatifs où les sujets de droit visés par la norme participent activement à son énonciation. La médiation, soutient Otis, redonne « sens » aux actions et permet de les coordonner de manière cohérente, tandis que le droit induit bien souvent des « non-sens » et brouille les relations entre les personnes (Otis, 2005).

Précisons que la médiation judiciaire tire sa source dans le litige, soit un « conflit qui s'amplifie et vient se traduire dans une demande en justice » (Otis, 2005, p. 8) comme on l'observe en droit de la famille par exemple. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la médiation a d'abord fait son apparition dans ce secteur du droit. La médiation familiale a émergé aux États-Unis, à la fin des années 1960. Les premières expériences de médiation familiale seraient apparues dans les villes américaines de Los Angeles (1973) et Atlanta (1974), avant de connaître une plus large diffusion, dans l'ensemble des états américains (Pearson, 2000, cité dans Noreau et Amor, 2004, p. 270). Il s'agit du premier domaine du droit à avoir créé un espace pour la médiation, probablement en raison de sa capacité à réparer les relations brisées, relations qui sont souvent très sensibles et fragilisées lors d'un conflit familial.

C'est essentiellement grâce aux efforts de la juge Otis, au Québec, que les juges aident depuis quelques années les parties qui le désirent à déterminer à l'amiable une solution satisfaisante à leur litige, et ce, dans tous les domaines du droit. La marche à suivre est simple. Sous la vigilance du juge, les parties s'entendent sur le contenu de l'entente à donner à leur conflit. Elles sont directement mobilisées et impliquées dans la résolution de celui-ci. La médiation judiciaire constitue un changement de paradigme important qui, selon la juge Otis, témoigne d'une maturité de la société québécoise à s'affranchir du « paternalisme judiciaire » qui régnait jadis (Otis, 2005, p. 14). Par opposition aux pratiques courantes, la notion de « médiation » s'est associée à la volonté de « déjudiciariser le conflit » et d'offrir une « solution de rechange à l'activité judiciaire traditionnelle » (Trubeck, 1988, p. 45-62, cité dans Noreau et Amor, 2004, p. 270).

En somme, la deuxième phase d'éthicisation du droit se reconnaît par la mise en place d'alternatives au droit, à l'aide des processus tels que la médiation ou d'autres modes

privés de règlement des différends. De manière générale, on observe que trois méthodes sont couramment utilisées : la négociation, la médiation et l'arbitrage. Au cœur de ces approches, le dialogue et la délibération éthique permettent aux parties de co-construire une solution et de redonner sens à une relation brisée. L'élément dynamique de cette alternative est la médiation. Au Québec, la médiation s'est maintenant taillée une place dans les procédures officielles du système judiciaire. Elle offre une solution de rechange ou une alternative à l'activité judiciaire traditionnelle. Encore aujourd'hui, les modes privés de règlement des différends constituent une alternative aux procédures traditionnelles du droit. Ceci est d'autant plus vrai depuis l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*, que nous analyserons d'ailleurs plus soigneusement aux chapitres 3 et 4.

3.3 Phase 3 : le droit souple et les lois éthiques

Comme nous venons de le faire voir, les deux premières phases de l'éthicisation du droit ont fait évoluer la fonction de juger, proposé un cadre normatif juridique hautement axiologique (par l'entremise principalement de l'adoption des Chartes) et mis en place différentes alternatives pour solutionner des litiges de manière plus flexible et adaptée aux besoins des personnes, par l'entremise, notamment, de la médiation. Graduellement, le débat contradictoire a fait place au dialogue et à la co-construction des solutions au cours des trente dernières années. En plus de l'héritage des transformations précédentes, le droit poursuit aujourd'hui sa mutation. Cette fois, c'est la force normative du droit qui est modifiée. Plus précisément, l'énonciation de la norme se métamorphose : d'un mode impératif et prescriptif, le droit passe à un mode d'« éthicisation » et devient plus souple. Il s'agit véritablement d'une modification de l'énonciation de la norme, c'est-à-dire que sa formulation est altérée, au point même où certaines lois en appellent directement à l'éthique, ce qui demeure tout à fait inédit.

En introduction de la présente thèse, nous avons évoqué diverses caractéristiques de la présente redéfinition du droit, soient la révision de la force normative, l'accent mis sur les destinataires de la norme, la médiation et le droit souple. Nous avons également évoqué le fait que l'actuelle redéfinition du droit comporte également l'adoption par les

gouvernements de lois éthiques. À la lumière de ces faits, nous souhaitons maintenant mettre en évidence une caractéristique commune à ces transformations : l'assouplissement de la force normative du droit par l'intégration de l'éthique à la normativité juridique. Ici, l'énonciation, donc la formulation du droit, se modifie. D'un registre de l'impératif, nous passons vers celui de l'optatif et du réflexif. Explorons les diverses formes que prend cette caractéristique dans les transformations récentes du droit, afin de mieux circonscrire cette troisième phase d'éthicisation du droit, dont nous formulons ici l'hypothèse, à partir d'une revue de la littérature sur les récentes transformations du droit.

Pour de nombreux auteurs, plusieurs lois laissent désormais aux destinataires de la norme la liberté de formuler les contenus de celle-ci et mettent en place des procédures plutôt que des règles visant à contrôler le comportement des destinataires de la norme (Lalonde, 2011 ; Mekki, 2009 ; Thibierge, 2009). Dès lors, l'énonciation de la loi, au sens « normatif » ou au sens d'un pouvoir de « force » qui s'exprime par l'impératif, s'assouplit. Encore à ce jour, le droit est fréquemment envisagé comme produisant une contrainte sur les personnes et les organisations. En ce sens, la norme juridique produit des effets négatifs sur les personnes en imposant des balises. Cela peut donner lieu à des réactions de résistance de la part des personnes ciblées par la loi, les destinataires de la norme, les citoyens (Thibierge, 2009). Or, cette dynamique s'assouplit et évolue.

Les récentes analyses des chercheurs démontrent que le droit, tout en restant un instrument de domination et de contrôle, est aussi devenu un instrument de normalisation, d'assujettissement et de coordination des individus, pour le bon fonctionnement du vivre-ensemble (Charbonnier, 2001 ; Genard, 2000 ; Legault, 2002-2003, 2004a et 2004b ; Noreau, 1993 ; Perleman et al., 1984 ; Thibierge, 2009). Tel que le révèlent certains auteurs, pour faciliter sa tâche, le droit a eu tendance dans les toutes dernières années à modifier son mode d'interaction, en devenant plus souple, plus doux, plus mou, plus flou (Mekki, 2009 ; Ost et Van Kerchove, 1991 ; Thibierge, 2009). C'est ce droit qui a été qualifié de droit souple par les chercheurs et juristes. De nouvelles normes (avis, recommandations, directives) préservent de plus en plus expressément l'autonomie

des personnes et favorisent leur participation à la construction de la norme. Pour ceux qui soutiennent que de telles mesures constituent du droit¹³, le droit contemporain offre désormais une flexibilité sans précédent aux destinataires de la norme (Thibierge, 2009). « Le droit souple rime alors avec pragmatisme » (Mekki, 2009, p. 2).

Ainsi, face au constat de l'expansion du droit souple, nous formulons l'hypothèse du lien entre le droit souple et l'éthicisation du droit : le droit souple met de l'avant une approche flexible, réflexive et adoptée aux situations. Elle mobilise une vision pragmatique du droit (Mekki, 2009) et l'associe au pragmatisme juridique au plan épistémologique, tel que définit précédemment (Lazega, 2009; Lenoble, 2006 et 2007; Lenoble et Maesschalck 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b). Bref, le lien entre droit souple et éthicisation du droit nous semble tout à fait indiqué et c'est pourquoi nous associons le droit souple à l'hypothèse d'une troisième phase d'éthicisation du droit.

En effet, les récents phénomènes que sont le droit souple et les lois éthiques ne sauraient être associés aux phases précédentes d'éthicisation du droit (phase 1 ou phase 2) puisqu'il ne s'agit pas d'adoption de Chartes, ni d'une nouvelle fonction éthique attribuée aux juges ou encore de nouvelles alternatives au droit, mais bien d'une modification de la force normative même du droit qui se traduit par une modification de l'énonciation de la norme. Les deux premières phases ont porté sur le rôle de ceux qui interprètent le droit, et sur des alternatives au droit pour pallier à ses insuffisances. Cette troisième phase porte sur la production même du droit : la manière dont la norme est énoncée (par les législateurs, les organismes privés, les corporations, etc.), la manière dont elles sont adoptées et, surtout, rédigées et appliquées. Désormais, les normes font expressément référence à l'éthique ; le droit souple propose de nouvelles normes plus souples au sein même du système judiciaire. Il s'agit là d'une éthicisation de la législation. Pour ces raisons, ces changements récents du droit constituent à notre avis une phase distincte d'éthicisation du droit et poussent cette logique encore plus loin. Ainsi, partant de la

¹³ Il faut mentionner que pour certains positivistes, le droit souple n'est pas du droit. Par exemple, Kelsen soutient qu'une norme appartient au système juridique si et seulement si elle est validée par une norme qui lui est supérieure, la norme constitutionnelle étant elle validée par une norme fondamentale qui est présumée (1967).

typologie bipartite de l'éthicisation du droit déclinée précédemment, nous formulons l'hypothèse que nous sommes présentement dans une troisième phase d'éthicisation. Il convient de poursuivre notre réflexion, afin d'en déceler la présence dans la littérature, afin de mieux l'appuyer et l'étayer.

Les transformations énumérées précédemment (la révision de la force normative, l'accent mis sur les destinataires de la norme, les « lois éthiques » et plus largement, le droit souple) sont présentées et discutées dans la littérature, tant en Amérique du Nord, qu'en Europe. Elles ne sont pas nécessairement désignées comme une nouvelle phase d'éthicisation du droit, mais les auteurs reconnaissent et documentent ces changements. Ils y réfèrent parfois sous l'appellation de « transformation » ou de « mutation » du droit. Ils décrivent et analysent ces changements¹⁴. Ils les documentent, parfois de manière partielle, parfois d'une manière plus systématique, et proposent dans de plus rares cas, des réflexions sur les rapports existant entre l'éthique et le droit (Bélanger et al., 1991 ; Dermange et Flachon, 2002b).

Rappelons que l'expression « éthicisation du droit » n'est pas partagée par tous les auteurs. Certains penseurs, tels Dworkin et Lenoble, ne réfèrent même pas à l'éthicisation ou la ré-éthicisation du droit. Nous mobiliserons néanmoins leurs travaux afin d'éclairer ce phénomène puisque les propos qu'ils y tiennent s'y prêtent parfaitement bien. L'expression « éthicisation du droit » se trouve chez quelques auteurs européens, Dermange et Flachon (2002a), et québécois, Legault (2001d), Lalonde (2003a) et Lacroix (2002-03)¹⁵. À l'instar de ceux-ci, nous retenons l'expression « éthicisation du droit » puisqu'elle qualifie bien les transformations du droit et ses théories sous-jacentes, c'est-à-dire celles qui mettent l'accent sur le rapprochement entre le droit et l'éthique ou la redéfinition du droit en faveur d'un mode de gouvernance plus souple, plus axiologique, plus principiste ou plus réflexif.

¹⁴ Voir par exemple l'ouvrage *La force normative, naissance d'un concept* qui regroupent 57 auteurs sur la question des transformations du droit et de la modification de la force normative, dirigé par Thibierge, publié en 2009.

¹⁵ Notons que Lacroix réfère pour sa part à la « ré-éthicisation » du droit.

Afin d'aller plus loin dans notre définition de la troisième phase et débiter notre étude plus circonscrite des lois éthiques, il nous apparaît important de prendre le temps de cerner ce phénomène, en contexte québécois, à partir des écrits des chercheurs québécois portant spécifiquement sur les lois éthiques. Tel que souligné auparavant, pour les fins de la présente thèse, nous nous attarderons à l'analyse plus détaillée des lois éthiques, laissant de côté l'étude plus approfondie des autres phénomènes constitutifs de l'éthicisation du droit, tel le droit souple ou la médiation.

La question de la production de lois éthiques a fait l'objet de réflexions chez les chercheurs québécois au point où la revue *Éthique publique* y a consacré un numéro spécial, en 2011, intitulé *Faire des lois sur l'éthique*, dans lequel les principales positions et critiques y sont exprimées d'une manière très claire. Tel que nous pouvons le lire en introduction du dossier, cette publication fait écho à l'augmentation récente des références à l'éthique de la part d'agents publics dans l'espace médiatique. Dans le contexte actuel, elle en est venue à paraître comme étant quelque chose de « nécessaire, d'incontournable » (Bégin, 2011b). Ce numéro reprend les principales thèses eu égard au phénomène récent des législations en matière d'éthique. Nous y avons donc puisé, pour les fins de la présente thèse, les propos de trois chercheurs, dont les écrits constituent, depuis quelques années, de précieuses références sur la question des rapports entre droit et éthique. Au fil des ans, en effet, Bégin, Lalonde et Lacroix ont élaboré un cadre conceptuel intéressant pour étudier les rapports entre droit, éthique, déontologie et morale. Nous reprenons leurs travaux comme point de départ pour élaborer notre grille.

Bégin nous met d'abord en garde vis-à-vis ce nouveau phénomène que constitue l'apparition de lois portant sur l'éthique. Dans son article *Légiférer en matière d'éthique : le difficile équilibre entre éthique et déontologie*, il souligne ainsi qu'il ne va pas de « soi pour quiconque a développé une expertise dans le domaine de l'éthique appliquée de voir ainsi associées l'éthique et la déontologie dans des initiatives législatives » (Bégin, 2011b, p. 40). Consacrée législativement, l'éthicisation du droit a donc de quoi surprendre, même les experts les plus avertis. Toujours dans ce même texte, Bégin regroupe les transformations du droit selon deux pôles : l'éthique et la déontologie. Il nous fait

observer le caractère hétérogène de l'actuelle éthicisation du droit : le droit oscille entre l'éthique et la déontologie, il multiplie et mélange ses emprunts à ces différents modes de régulation (Boisvert et al., 2003) dans une reformulation inachevée (Bégin, 2011b). Bégin prévient ainsi qu'une association entre éthique, déontologie et droit, pose généralement un certain nombre de problèmes, particulièrement lorsque ces termes ne sont pas clairement définis au préalable. Il remarque plus précisément que :

[...] les incompréhensions sont fréquentes au sujet de ces deux termes [éthique et déontologie] et [...] mènent trop souvent à confondre les visées de l'éthique et de la déontologie et les façons qu'elles impliquent de penser la relation de l'agent moral – minimalement, toute personne apte à poser des actions de manière intentionnelle et réfléchie – aux normes et aux règles qui définissent des attentes à son endroit (Bégin, 2011b, p. 40).

Il considère toutefois qu'il est possible de faire coexister l'éthique et la déontologie dans une infrastructure de régulation des comportements, sous réserve du respect de certaines conditions. À son avis, « la réussite de cette cohabitation nécessite notamment que soient prises au sérieux les exigences propres à l'atteinte des visées de l'éthique, ce qui implique que l'on distingue bien, dans l'infrastructure mise en place, ce qui relève de l'éthique et ce qui relève de la déontologie » (Bégin, 2011b, p. 40). En somme, pour Bégin (2011b), l'éthicisation du droit se manifeste par une inclusion de l'éthique et de la déontologie dans le phénomène juridique, à condition que l'éthique conserve ses propres caractéristiques et que l'infrastructure en place prévoie des modalités adéquates.

Son propos nous fait envisager les difficultés, voire les non-sens, que posent les récentes initiatives du gouvernement québécois en matière de législation sur l'éthique. Pour nos fins immédiates, nous souhaitons particulièrement mettre l'accent sur un constat posé par Bégin : le droit prend une voie inédite dans sa mutation car il inclut l'éthique et la déontologie dans sa reformulation même. En plus de créer une confusion quant à la spécificité de ces modes de régulation, la force normative du droit est altérée, étant donné la présence d'une dimension plus réflexive (éthique). C'est en partant de ce constat que nous mettrons en évidence les défis posés par le rapprochement actuel entre le droit et l'éthique réflexive, dans les chapitres à venir. La grille d'analyse que nous présenterons au

prochain chapitre nous permettra d'éclairer la situation afin de l'analyser plus minutieusement au chapitre 4. Dans son article, Bégin (2011b) ne s'aventure pas sur le terrain de l'épistémologie pour étayer les impacts et retombées de l'actuelle transformation du droit. Nous tâcherons de nous attarder à cette dimension épistémologique.

Cela dit, les propos de Bégin sont pertinents: il relève quelques questions de fond que pose l'éthicisation du droit. Ses écrits permettent de voir que le droit se transforme et se redéfinit d'une manière inédite, au point où la mutation du droit se révèle problématique, notamment parce que le droit s'avère incapable d'établir un équilibre adéquat entre ses visées éthiques et déontologiques et qu'il faudrait une « actualisation suffisante de l'éthique pour que l'on puisse considérer que l'infrastructure mise en place contribue adéquatement à l'éthique des agents publics » (Bégin, 2011b, p. 41). Ainsi, Bégin souligne que le droit, dans sa redéfinition, peine à mobiliser l'éthique adéquatement afin de répondre aux besoins actuels.

Dans le même sens que Bégin, mais en insistant cette fois-ci sur le phénomène des lois éthiques, Lalonde aborde la rupture de la vision traditionnelle du droit, « corrélative de la transformation de son usage, incarnée notamment par l'intégration de normes éthiques » (Lalonde, 2011, p. 117), dans son article intitulé *Les « lois éthiques », un défi pour le droit*. Elle y envisage les insuffisances du droit, du point de vue de la théorie normative, afin de permettre la mise en œuvre de l'éthique, comme valeur et culture dans le monde vécu (Lalonde, 2011, citant Lalonde, 2009; Lacroix, Lalonde et Legault, 2002-2003). Sans reprendre expressément l'expression « éthicisation du droit », elle souligne à cet effet que :

L'innovation des lois éthiques peut être comprise par la nature de leur libellé et par le type d'interpellation des destinataires de la norme qu'elles mobilisent. Du fait qu'elles intègrent en partie une normativité plus axiologique que déontologique, elles rompent avec cette vision juridique de l'éthique incarnée par la déontologie, dans l'ordre de l'obligation. Ces lois semblent vouloir prêter main-forte à une demande d'éthique sociale présumée prégnante dans le monde vécu (Lalonde, 2011, p. 122).

Pour la chercheuse, une normativité axiologique rehaussée permettra une construction interprétative des obligations et contribuera par le fait même à l'extension du droit souple (citant Terré, 2008 ; Association Henri-Capitant, 2009). Tel que Lalonde le fait remarquer, les normes à contenu variable font désormais partie du droit positif : on les retrouve tant en droit civil qu'en droit public (Lalonde, 2011, p. 123, citant Perelman, 1984, p. 365).

En effet, les lois éthiques donnent directement la parole aux destinataires de la norme — soit les justiciables et les citoyens, et non aux « intermédiaires de l'interprétation qu'en font le juge ou les acteurs publics » (Lalonde, 2011, p. 125). Lalonde laisse entrevoir les possibilités offertes par les transformations du droit en ces termes:

Les «lois éthiques», ou plus largement les normes axiologiques, engendrent un déplacement dans le discours de la loi. Du pôle de l'obligation et de la sanction, elles révèlent un passage dans l'ordre de la promotion et de l'appropriation par les acteurs. Elles se construisent dans la rationalité de l'incitatif, du recommandatoire, du prospectif, du déclaratif, de l'expressif (Mekki, 2009 : 8). En ce sens, elles participent à une nouvelle gouvernance par le droit. Elles revêtent alors largement une visée promotionnelle (Bobbio, 1998) (Lalonde, 2011, p. 125).

Ce changement vers une nouvelle gouvernance par le droit pose un problème d'ordre épistémologique: jusqu'où l'exigence de réflexivité que pose l'éthicisation du droit devrait-elle aller ? La visée promotionnelle du droit est-elle encore du droit ? Ou, dit autrement, à quelles conditions l'éthicisation du droit de type réflexif est-elle possible ? Ces questions sont à l'origine de notre question de recherche, à savoir : quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois ? Nous y répondrons au chapitre 4. Pour terminer notre tour d'horizon de la publication sur les lois éthiques de la revue *Éthique publique*, abordons l'article de Lacroix.

Dans son article intitulé *L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde!*, Lacroix s'attarde également au phénomène de l'éthicisation du droit. Citant Lenoble, il fournit une première illustration des récentes transformations du droit regroupés en trois plans : « l'usage renforcé du test de l'analyse coût-avantage, l'usage des techniques incitatives et des techniques du marché et, enfin, le

renforcement du rôle des autorités administratives indépendantes par le recours accru au modèle de l'autorégulation des milieux professionnels » (Lacroix, 2011b, p. 69, citant Jacques Lenoble ([2003] 2009, p. 25)). Ces diverses pratiques transforment le droit et témoignent plus profondément des mutations sociales que connaissent nos sociétés. En fait, ces mutations sont telles que, pour plusieurs, nos sociétés modernes traversent une crise sans précédent (Beck, 1986 ; Boucher, 2001 ; Castel, 2005 ; Lipietz, 1996 ; Rocher, 1988, 1989, 1996, et 2001; Taylor, 1992; Veca, 1999).

Selon Lacroix, la crise morale que traverse nos sociétés s'est traduite par une double perte : 1) celle de repères normatifs pour agir dans l'espace public ainsi que 2) la perte de légitimité de nos institutions (2011b). Aussi, l'appel au droit pour résorber la crise sociale semble être de mise et toute naturelle. Or, le droit, lui même, traverse une crise qui ébranle considérablement sa légitimité. C'est sur ce point que l'éthique s'avère toute indiquée pour Lacroix, afin de dépasser les limites et les hésitations du droit, tout comme celles de la morale. Dit autrement, le contexte social jumelé à la crise du droit « nous oblige à concevoir l'éthique comme un outil complémentaire au droit » (Lacroix, 2011b, p. 97). C'est ainsi que l'éthique se révèle pour le chercheur une avenue intéressante et indiquée pour pallier aux diverses crises qui affligent nos sociétés démocratiques.

Qui plus est, pour atténuer l'ampleur de la crise du droit, Lacroix remarque que le légistateur a tendance à retirer certaines obligations et reformuler les règles liées à certains types de conflits d'intérêts pour les rendre moins contraignantes (Lacroix, 2011b). C'est ainsi que le législateur assouplit le droit. En ce sens, Lacroix constate à l'instar des auteurs abordés précédemment que le droit s'éthicise: il devient plus souple, plus malléable. Cela étant dit, il lui apparaît toutefois « nécessaire d'interroger la pertinence de nouvelles lois et de nouvelles sanctions pour rétablir un minimum d'éthique » (Lacroix, 2011b, p. 100). Tout en admettant la légitimité du droit, Lacroix attire du même souffle l'attention sur les « insuffisances du droit et sur le fait que les outils juridiques n'ont pas permis de parer aux dérives éthiques de toutes sortes que l'on observe ici au Québec et dans bon nombre des démocraties » (Lacroix, 2011b, p. 101). Aussi, il lui semble important de faire porter à l'éthique plutôt qu'au droit la mission du

rétablissement de l'ordre public et du coup, résister à la tentation juridique « très forte », tant chez les élus que chez les citoyens.

À défaut de s'inscrire dans cette mouvance hégémonique du droit, selon Lacroix, le rétablissement de l'ordre public devrait être porté par l'éthique et non par le droit. Tel qu'il le remarque, il faut se « méfier de fournir des réponses juridiques à des problèmes éthiques » (Lacroix, 2011b), car les risques d'instrumentalisation de l'éthique sont réels. Afin de déjouer ce problème, il propose d'envisager l'éthique comme une compétence, c'est-à-dire comme une occasion de réfléchir à la norme, d'analyser les contextes de l'action, de réfléchir les situations, d'interpréter et de s'appropriier le contexte pour appliquer la norme. En résumé, Lacroix constate l'éthicisation du droit. Face à ce constat, il en appelle à un redéploiement de l'éthique. Ce faisant, il lui importe également de dissocier l'éthique de la déontologie. Enfin, il défend l'idée plus fondamentale sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir plus longuement au chapitre 4, à savoir qu'il soit opportun de « sortir l'éthique du droit » (Lacroix, 2011b).

Dans leur ensemble, les travaux des trois chercheurs présentés précédemment nous permettent d'envisager la reformulation du droit en termes de souplesse, de malléabilité, d'appel aux destinataires de la norme et d'une normativité plus axiologique incarnée dans le monde vécu. En définissant en ces termes l'éthicisation du droit, les auteurs font saillir la singularité des lois éthiques, qui s'inscrivent dans la phase actuelle d'éthicisation du droit, selon notre hypothèse. De plus, ces auteurs ouvrent également la réflexion sur d'autres avenues et perspectives qu'il convient de prendre en considération. Par exemple, ils nous font tous remarquer que l'intégration du discours éthique dans le discours juridique se manifeste par un appel soutenu à la déontologie. Ils y décèlent quelques enjeux, une confusion, qu'il leur semble opportun d'éviter. En ce sens, cet aspect mérite un approfondissement. Pour ce faire, nous nous attarderons au caractère hétéroclite de l'éthicisation actuelle du droit lié à la mobilisation de différentes conceptions de l'éthique.

En effet, à la lumière des constats posés par ces chercheurs, il semble clair que plusieurs conceptions de l'éthique sont actualisées dans le phénomène d'éthicisation du droit. Pour notre part, à l'instar de Bégin (2009 et 2011b), nous regrouperons ces emprunts sous deux pôles : l'intégration d'une éthique dite réflexive, qui met de l'avant l'inclusion de composantes réflexives, telle l'intégration d'un processus réflexif et la mise en place d'une co-construction de la norme, et l'intégration d'une éthique dite déontologique, qui fait appel à des obligations et des sanctions. Afin de poursuivre notre exploration de l'éthicisation du droit, nous allons maintenant nous attarder à ces emprunts distincts. Après les avoir définis, nous les associerons à deux courants en philosophie: l'approche principiste et l'approche réflexive. Dans les sections subséquentes, nous étayerons ces approches principalement grâce aux travaux d'auteurs contemporains : ceux de Dworkin seront utilisés pour « caractériser » l'approche principiste et ceux des sociologues Beck, Giddens et Lash (1994), puis des philosophes Dewey, Argyris, Schön, Ricoeur et Lenoble pour l'approche réflexive.

4 Le caractère hétéroclite de l'actuelle éthicisation du droit

Bien que la troisième phase d'éthicisation du droit se caractérise par un réel assouplissement de la force normative à la faveur d'une référence à l'éthique, il faut remarquer que cette référence s'avère dans les faits hétérogène. Le caractère polymorphe de l'éthicisation du droit est d'ailleurs reconnu par les auteurs (Bégin, 2011b ; Lalonde, 2011 ; Lacroix, 2011b). Celle-ci se traduit essentiellement par les différentes conceptions de l'éthique qu'elle mobilise. En effet, il existe une confusion quant à la distinction entre l'éthique et la déontologie (Bégin, 2011b), au point où on réduit bien souvent l'éthique à la déontologie (Bégin, 2009, p. 187 ; Dermange et Flachon, 2002a). Les médias et les politiciens véhiculent régulièrement des distinctions « erronées » de ces notions, qualifiant l'éthique en termes de devoirs et de sanctions (Bégin, 2009). Aussi, ces conceptions divergeantes peuvent être regroupées autour de deux pôles (Bégin, 2011b) : l'éthicisation du droit qui intègre des composantes éthiques plus réflexives et l'éthicisation du droit qui s'appuie sur des composantes éthiques plus déontologiques

(certains parleront alors uniquement de déontologie). Dans cette section, nous caractériserons chacun de ces pôles afin d'établir des liens, à la section suivante, avec deux conceptions de l'éthique, telles que définies en philosophie.

Aussi, afin de dissiper cette confusion, nous pouvons nous aider des travaux de Ricoeur, lequel soutient que l'éthique s'apparente à la réflexion critique et la mise en œuvre de jugements autonomes. Partant de là, nous pouvons affirmer que la déontologie réfère pour sa part à des devoirs, accompagnées de sanctions en cas de manquement. Bégin formule les quelques précisions suivantes quant aux différences entre éthique et déontologie :

À la différence de l'éthique, qui valorise une autorégulation responsable des individus et l'exercice par ces derniers d'une réflexion et d'un jugement autonomes et critiques, la déontologie se rapproche en effet du modèle juridique des codifications énonçant des règles contraignantes et mettant en place des mécanismes d'enquête et de sanction (Bégin, 2009, p. 187).

À la lumière de ces premières remarques, voyons d'un peu plus près l'éventail des définitions de l'éthique pour ensuite en retenir une et consacrer la suite de notre propos aux composantes réflexives et déontologiques de l'éthicisation du droit.

4.1 Définir l'éthique

En philosophie, la définition du terme éthique ne fait pas l'unanimité. Selon les courants de pensée, l'éthique prend diverses significations, parfois opposées. Qui plus est, l'articulation du lien entre l'éthique et la morale se pose de manière hétéroclite, selon les contextes d'énonciation ou les auteurs. En effet, certains s'en tiennent à une stricte équivalence conceptuelle entre éthique et morale (Billier, 2010, p. 11 ; Terré, 2007). D'autres associent l'éthique à la dimension réflexive du jugement, ce qui les amènent à insister davantage sur les valeurs et l'autonomie des personnes (Lacroix, 2008). Nous reviendrons sur ces distinctions après avoir introduit les principaux courants en éthique moderne. Cette présentation nous permettra ensuite de mieux nous situer dans le

domaine de l'éthique contemporaine, et de proposer une analyse plus systématique du phénomène de l'éthicisation du droit, et plus particulièrement, des lois éthiques.

Selon la typologie classique¹⁶, on peut regrouper les théories morales en fonction de trois grandes familles : le conséquentialisme, le déontologisme et l'éthique des vertus (Billier, 2010 ; Ogien et Tappolet, 2008). Ces trois théories peuvent être rapidement esquissées comme suit. Premièrement, le conséquentialisme envisage la morale comme ce qui engage vers le bien. Dans ce contexte, le bien est défini au préalable et l'agent cherche à moduler son action pour atteindre et maximiser les conséquences souhaitées (bonnes). Dans le cadre de cette théorie, un agent doit accomplir une action si et seulement si cette action promeut le bien (Ogien et Tappolet, 2008, p. 133). Lorsqu'une action correspond aux paramètres retenus pour définir le bien, les personnes la mettent alors en oeuvre, et les conséquences de cette action sont jaugées à l'aune de l'obtention du bien recherché. Il s'agit pour l'agent de mener sa vie de façon à suivre des règles prédéterminées qui s'appuient sur les principes ciblés et la finalité de l'action. Par conséquent, l'agent doit accomplir une action si et seulement si cette action est requise par des principes moraux absolus, qui s'appliquent alors, en fonction de l'évaluation des conséquences relatives à l'action envisagée (Ogien et Tappolet, 2008, p. 143).

Le déontologisme considère pour sa part que la morale est une action accomplie en honorant des principes absolus. Ceux-ci s'appliquent à l'action, et ce, peu importe les conséquences. Il s'agit pour l'agent de mener sa vie de façon à suivre des règles prédéterminées qui s'appuient sur les principes ciblés. Par conséquent, l'agent doit accomplir une action si et seulement si cette action est requise par des principes moraux absolus, qui s'appliquent quelles que soient les conséquences (Ogien et Tappolet, 2008, p. 143). Bien que le conséquentialisme puisse ressembler au déontologisme étant donné la recherche du respect du principe qui prime, ils se distinguent comme suit : le conséquentialisme accorde une importance à la finalité de l'action là où le déontologisme

¹⁶ La typologie tripartite assez classique reprise par Billier, dans son récent ouvrage paru en 2010, *Introduction à l'éthique*, nous permet de relater et poser les courants classiques en éthique. C'est pourquoi nous nous y référons.

met l'accent sur le respect du seul principe. Ou, pour le dire autrement, si tous les deux s'en remettent à un principe, ce principe n'est pas utilisé de la même manière. Le conséquentialisme l'utilise pour évaluer les conséquences de l'action et le déontologisme l'utilise pour décider, nonobstant les conséquences.

Enfin, l'éthique des vertus met l'accent sur le perfectionnement de l'être humain en tant qu'agent moral vertueux. Cette éthique mise sur le perfectionnement constant de l'agent qui doit accomplir une action si et seulement si cette action est celle qu'accomplissait un agent vertueux dans ces circonstances (Ogien et Tappolet, 2008, p. 148). Soulignons qu'une version négative de l'éthique des vertus serait d'éviter d'agir comme un agent vicieux (Ogien et Tappolet, 2008). Les éthiques conséquentialistes et l'éthique des vertus donnent la priorité au bien, par rapport au juste (Ogien et Tappolet, 2008, p. 132). Tel que le souligne Billier, dans le monde vécu, ces approches sont parfois mixtes (Billier, 2010, p. 10), les unes venant compléter les zones d'ombre laissées par les autres.

Outre ces trois grandes « familles de théories », on reconnaît l'existence de trois domaines distincts d'interrogations à l'éthique (Billier, 2010). Selon ce second schéma, il y aurait tout d'abord la méta-éthique qui constitue l'étude des concepts, des jugements et des raisonnements moraux. Dans ce cas de figure, il ne saurait être question de prescrire quoi que ce soit mais plutôt de développer une analyse du discours moral. Il y aurait ensuite l'éthique normative qui propose des normes prescrivant ce qui est bien ou mal, ce qu'il faut faire ou ne pas faire. Le troisième cas de figure serait celui de l'éthique appliquée, qui renvoie aux questions spécifiques posées aux éthiques normatives par domaine particulier (éthique médicale, éthique des affaires, bioéthique, etc.) (Billier, 2010).

Bien que très sommaire, ce portrait nous permet de situer les courants plus classiques en philosophie morale, soit le conséquentialisme, le déontologisme et l'éthique des vertus, ainsi que trois domaines distincts de l'éthique, soit la méta-éthique, l'éthique normative et l'éthique appliquée. De manière assez classique, Billier (2010), comme d'autres, considère la morale et l'éthique comme des notions équivalentes, ce qui le mène à dresser le portrait que nous venons de résumer dans son ouvrage introductif à l'éthique. Mais tous les

auteurs ne souscrivent pas à cette position. Certains soutiennent des définitions distinctes de l'éthique et la morale. Ils proposent une éthique qui recouvre les dimensions axiologique et normative plutôt que de se laisser confiner à la seule dimension normative, comme le défendent les tenants d'une posture plus classique, telle que celle défendue par Billier (2010), et, à certains égards, Goyard-Fabre (1986 et 2004). Parmi les tenants de cette distinction entre éthique et morale, on retrouve Paul Ricoeur, auteur d'une œuvre remarquable élaborée à la frontière de plusieurs courants de pensée. Ce philosophe français, à l'instar d'Hegel et d'autres philosophes du 19^e siècle, propose et défend la distinction entre morale et éthique, dans les années 1990.

Dans ses travaux, Ricoeur s'affaire en effet à une réécriture des concepts d'éthique et de morale, afin d'en préciser le sens et d'en distinguer les fonctions (2004). Il accorde une double fonction au concept de morale. D'une part, la morale permet de désigner ce qui est permis et ce qui est défendu, par l'entremise des normes. D'autre part, la morale établit une obligation subjective d'une personne vis-à-vis des normes. Cette obligation subjective se révèle capitale aux yeux de Ricoeur, devenant pour lui le « plan de référence ». C'est ainsi que, selon lui, la morale prescrit ce qui est bien et ce qui est mal. Cette prescription peut varier en fonction du groupe d'appartenance d'une personne, au sein d'une société. En bref, la morale pour Ricoeur est une obligation vis-à-vis les normes tandis que l'éthique, comme il le précise ensuite, se réfère à notre rapport à la norme. Ce rapport à la norme ne va toutefois pas de soi.

Ricoeur va par conséquent s'appuyer sur une obligation subjective aux normes pour définir l'éthique. Dans cette perspective, l'assujettissement aux normes serait plutôt le résultat d'un choix personnel. Ce qui amène Ricoeur à attribuer deux fonctions à l'éthique : il réfère tout d'abord à « l'amont des normes » ou « l'éthique antérieure », qui permet d'identifier les racines des normes de la vie quotidienne et du désir, puis, il s'attarde ensuite à « l'aval des normes » ou « l'éthique postérieure », qui réfère de son côté au mécanisme d'insertion ou d'application des normes à des situations concrètes. En ce sens, le terme éthique désigne tout autant l'amont que l'aval des normes.

La distinction de Ricoeur nous permet de mettre en lumière que la recherche de la « vie bonne », dans les situations concrètes de la vie, est bien souvent caractérisée par un écart entre désir et action. Pour reprendre une formule plus usuelle en éthique appliquée, un écart entre les valeurs affichées et les valeurs pratiquées peut subsister. Pour Malherbe (2007), le travail en éthique appliquée dès lors se situe précisément dans la réduction de cet écart. Ainsi, la motivation devient un élément essentiel, pour tout acteur engagé dans une démarche éthique, afin de réduire, autant que faire se peut, l'écart entre les valeurs affichées et les valeurs pratiquées.

Dans la même veine, Ricoeur reconnaît par ailleurs un rôle aux sentiments moraux dans les domaines de l'éthique et de la morale. Il leur accorde une place entre le royaume des normes et celui de l'obligation morale. Ce faisant, il prend ses distances face à la philosophie kantienne, largement associée au déontologisme ou à une posture moraliste et il se rapproche plutôt de l'éthique des vertus d'Aristote, qui vise essentiellement le développement d'excellence de caractère par la pratique et l'habitude, en reconnaissant un rôle aux émotions. Contrairement à Kant, l'éthique ne se construit pas sur le respect du devoir chez Ricoeur, mais sur la réflexion et les sentiments moraux. Ainsi, pour revenir sur le lien entre l'éthique et la morale, nous pouvons affirmer que chez Ricoeur, la réflexion éthique peut porter sur la dimension morale de l'action, mais elle ne s'y limite pas. L'éthique, rappelons-le, a une visée plus vaste, soit celle de la « vie bonne ». Dans *Soi-même comme un autre* (Ricoeur, 1990), Ricoeur distingue d'ailleurs trois « moments » : celui de la visée éthique de ce qui est estimé bon, plus aristotélicien et téléologique, celui de la norme morale de ce qui s'impose comme obligatoire, plus kantien et déontologique, et celui, proprement ricoeurien, de la sagesse pratique. Nous pouvons à cet égard citer cette désormais célèbre formule : « Appelons visée éthique la visée de la vie bonne avec et pour autrui dans des institutions justes » (Ricoeur, 1990, p. 202). C'est ainsi que « l'autonomie de soi » permet une « sollicitude » qui rapproche tout homme de la justice et en facilite l'accès pour chaque homme (Ricoeur, 1990, p. 30).

Tel que nous l'avons vu au début de cette thèse avec les auteurs Boisvert et al. (2003), l'éthique, définie en tant que mode de régulation facilite la réflexion et l'autonomie des

personnes dans la recherche de la « vie bonne ». Elle le fait non plus en imposant, ou en s'appuyant sur une norme morale, au sens plus déontologique, tel qu'exprimé par Kant, mais elle le fait en s'appuyant sur un registre qui relève de l'optatif et de la réflexivité. Ainsi, pour Rocher, son mode d'intervention repose plus sur l'influence que sur la prise de contrôle : « l'influence tient plus de la conviction à transmettre à d'autres et à leur faire accepter, elle s'adresse davantage à la conscience intime; elle comporte une intériorité dont le droit peut faire l'économie. » (Rocher, 1996, p. XIV). Ces propositions s'inscrivent dans une perspective similaire à celle déployée par Ricoeur.

Elles trouvent également écho chez Lacroix, qui soulève le processus de réflexion critique que l'éthique engage :

(...) l'éthique est une décision motivée par la volonté d'établir un sens partagé et une légitimité à son action. Elle implique l'utilisation de valeurs et de normes, de même que le déploiement d'une délibération qui est une action. L'éthique s'envisage comme processus de réflexion critique sur les valeurs et les normes (Lacroix, 2013, inédit).

C'est ainsi que pour plusieurs, l'éthique permet de donner un sens aux comportements (Lacroix, 2011b, p. 95) et de mettre en œuvre une pensée critique. Plutôt que de baliser des pratiques, l'éthique aurait pour fonction de les réfléchir et d'aider à les définir ou les redéfinir (Lacroix, 2011b, p. 104). Selon Lacroix, « l'éthique est une réflexion qui mène à des choix, en fonction des valeurs et des normes qui sont priorisées » (Lacroix, 2011b, p. 108). C'est pourquoi il propose d'envisager l'éthique non plus seulement comme un mode de régulation, mais comme « une compétence » (Lacroix, 2011b, p. 104). La mise en œuvre de la compétence éthique permet d'engager une action plus réfléchie et prépare l'agent à assumer ses responsabilités (Lacroix, 2011b, p. 109), tout en lui donnant les outils pour interpréter les principaux modes de régulation sociale présents au sein de l'espace public.

Dans leur ensemble, les auteurs que nous venons d'évoquer dans les pages précédentes témoignent bien des diverses significations de l'éthique. Une rapide récapitulation et mise

en contexte de notre propos l'illustrera d'ailleurs sommairement. Nous avons d'abord identifié trois courants en philosophie morale qui portent sur l'éthique, à partir de la typologie classique en éthique (Billier, 2010 ; Ogien et Tappolet, 2008): le conséquentialisme, le déontologisme et l'éthique des vertus. Ces théories éthiques, déployées à des moments différents de l'histoire, répondent à des réalités sociales et des développements cognitifs différents. De la même manière, certains considèrent la morale et l'éthique comme des notions équivalentes (Billier, 2010; Goyard-Fabre, 1986 et 2004), ce qui laisse en plan la notion de réflexivité, pourtant déterminante chez d'autres auteurs. Pour dégager une éthique distincte de la morale, nous nous sommes donc tournés vers les travaux de Ricoeur. Sans rejeter l'une ou l'autre, ce dernier avance que la morale établit une obligation d'une personne vis-à-vis les normes ; elle prescrit ce qui est bien et ce qui est mal. En revanche, l'éthique réfère à notre rapport à la norme. « L'amont des normes » ou « l'éthique antérieure » permet d'identifier les racines des normes de la vie quotidienne et du désir. « L'aval des normes » ou « l'éthique postérieure » réfère de son côté au mécanisme d'insertion ou d'application des normes à des situations concrètes (Ricoeur, 2004). Les travaux de Ricoeur accordent également une place importante aux sentiments moraux dans les domaines de l'éthique et de la morale, ce que ne permettent pas de faire les principales théories classiques en éthique. Cette étude des écrits de Ricoeur identifie par conséquent une éthique qui est, non plus fondée sur le devoir, mais sur la réflexion et les sentiments moraux. Autant d'associations que les trois grandes théories classiques en éthique ne nous permettent pas de faire. L'éthique, déployée par Ricoeur, reprise et défendue par d'autres, dont Lacroix (2011b), a ainsi une visée plus large que la morale, soit la recherche de la « vie bonne ».

À partir de cet examen des grands courants en philosophie morale, nous pouvons revenir à l'éthicisation du droit afin de nous demander quelle est la conception de l'éthique mobilisée dans les récentes transformations du droit. Ou, d'une manière plus précise, quelle est la conception de l'éthique mobilisée par les tenants des lois éthiques ? Quelle conception en a le législateur ? Quelle conception en ont les auteurs ? Quelle place le législateur laisse-t-il à la réflexivité dans l'élaboration et la mise en application des lois éthiques ? Peut-on envisager faire une place à la recherche de la « vie bonne », par

l'entremise des lois éthiques ? De telles questions font bien voir que le phénomène d'éthicisation du droit interroge les liens entre ce phénomène et les diverses conceptions de l'éthique, mobilisées dans les textes juridiques. C'est pourquoi nous proposons maintenant d'en dégager les assises et les différentes réalités théoriques, à partir de deux angles : les composantes réflexives et les composantes déontologiques.

4.2 Composantes réflexives

Comme nous l'avons évoqué dans les pages précédentes, la mise en œuvre de certains nouveaux mécanismes juridiques valorise la prise de parole directe par les personnes, la responsabilité, l'exercice d'une réflexion et l'expression d'un jugement critique. Ceci est le propre d'une éthique dite réflexive. Au Québec, les travaux de Legault ont contribué à articuler et à définir une éthique réflexive qui met de l'avant une prise de décision responsable et préserve l'autonomie des personnes, dans une perspective aristotélicienne. Tel que le rappelle Legault dans ses écrits (2001a, 2002-2003 et 2004b), l'éthique permet à un agent de justifier ses choix, ses comportements, ses actions, afin de faciliter un vivre-ensemble de qualité, fondé sur des valeurs partagées. C'est sous cet angle qu'il explique les raisons qui font que l'éthique permet de dépasser les insuffisances du droit:

C'est en mettant en évidence que les normes sont uniquement des guides dans la prise de décision, puisqu'elles sont des moyens de concrétiser des valeurs, que l'éthique appliquée a modifié la perspective en faisant passer l'enjeu de la motivation de la perspective du « respect de l'autorité » à celle de la valeur visée par la décision (Legault, 2002-03, p. 189).

Comprise ainsi, l'éthique est la réflexion critique sur les règles et les finalités qui guident l'action humaine. Il s'agit d'une véritable recherche d'un art de vivre (Fortin, 1995b, p. 28). Cet art de vivre permet d'interroger sans cesse son vécu, de le créer et de l'orienter en fonction de ses convictions profondes.

Contrairement à la morale qui s'appuie largement sur des dogmes et une version prédéfinie du bien et du mal, l'éthique se présente ici comme un questionnement philosophique sur le sens des règles, des normes et des valeurs. « Que désigne l'éthique ?

Non point une morale, à savoir un ensemble de règles propres à une culture, mais une "métamorale", une doctrine se situant au-delà de la morale, une théorie raisonnée sur le bien et le mal, les valeurs et les jugements moraux. » (Russ, 1994, p. 5). Pour Ricoeur, l'éthique constitue un souci de soi, de l'autre et de l'institution (Ricoeur, 1990). Au sens aristototélicien, l'éthique est une réflexion qui vise à déterminer le « bien agir », la vertu, en tenant compte des contraintes relatives à des situations déterminées. Ainsi, l'éthique requiert de la part de l'individu la mise en œuvre des vertus, qui sont des dispositions à bien agir (Aristote).

En ce sens, la réflexion éthique articule la « sagesse de l'action » (Badiou, 1993). En même temps qu'elle est réflexion, elle engage dans une recherche de la manière d'être dans une situation déterminée. L'éthique « s'enracine dans l'identification en pensée de situations singulières [...] Il n'y a - éventuellement - qu'éthique de processus par lesquels on traite les possibles d'une situation » (Badiou, 1993, p. 18). Il s'agit de trouver la meilleure solution dans les circonstances. De la même manière, si le fondement de la morale est l'impératif, chez Habermas, la discussion est l'essence de l'éthique et relève d'une pratique argumentative (Habermas, 1992). Comme Habermas (1992) l'a montré, l'interrogation éthique vise à fonder les principes moraux, à justifier les règles de l'action, et à évaluer les décisions concrètes. L'éthique constitue le moyen de passer de la réflexion à l'action. Définie dans une perspective réflexive, l'éthique cherche donc à envisager et comprendre l'action, à partir du monde vécu, en fournissant un espace pour une mise à distance critique, réflexive, en situation. Il va de soi qu'elle ne peut se ramener à un code, un recueil de solutions ou un dogme, car elle invite constamment à la réflexion, traversée par une exigence, une attitude, face aux problèmes de la vie, qui requiert de rester ouvert à toutes les interpellations.

Lorsque le droit s'intéresse à ces composantes réflexives et intègre cette conception de l'éthique, il accorde une place et un rôle rehaussé aux destinataires de la norme. Car, pour reprendre les propos de Bégin : « L'éthique valorise une autorégulation responsable des individus et l'exercice par ces derniers d'une réflexion et d'un jugement autonomes et critiques, attentifs aux attentes de la population à l'endroit de la fonction qu'ils occupent »

(Bégin, 2009, p. 189). L'éthique facilite donc la prise de décision responsable. Aussi, face à la norme, l'éthique permet de se situer dans une distance critique, afin d'interroger cette norme, en apprécier le bien-fondé, ainsi que sa définition (ou redéfinition). La spécificité de la démarche éthique dans cette perspective est de promouvoir une réflexion critique sur les normes et viser une adhésion éclairée, ou, au contraire, une remise en question (voire un refus) des normes jugées inadaptées au profit de normes plus justes ou d'un appel aux valeurs. L'éthique se situe alors au-dessus des normes, elle en interroge les fondements, la légitimité et la valeur afin d'en permettre l'adhésion ou, le cas échéant, la (re)construction.

L'éthicisation du droit se veut dans une certaine mesure un appel à cette réflexivité éthique: elle favorise une prise en compte de la valeur visée par l'action et la norme. La norme devient alors un guide dans la prise de décision, voire un espace de construction de l'action. La possibilité de réfléchir à la norme (à son contenu ainsi qu'à son incarnation dans le monde vécu) relève donc d'une éthique réflexive (Badiou 1993 ; Bégin, 2009 ; Lacroix, 2011b et 2013) qui facilite la mise en oeuvre d'une action adaptée aux circonstances et encourage la réflexion autonome à propos d'une situation. En fait, il s'agit de la norme imprécise et indéterminée (Thibierge, 2009) qui laisse une plus grande liberté d'interprétation et d'application à ses destinataires. En revanche, cette norme imprécise et indéterminée rehausse sa cohésion et sa pertinence grâce à l'appui de ses destinataires (Thibierge, 2009). Cette flexibilité qui caractérise désormais partiellement le droit permet ainsi un meilleur arrimage entre la norme et sa réceptivité dans le monde vécu (Lalonde, 2011 ; Legault 2002-2003 et 2004b).

À maints égards, l'éthique réflexive rejoint donc les transformations récentes du droit. D'abord, pour Mekki (2009), les composantes réflexives s'apprécient pleinement par la montée en popularité du droit souple, soit un « droit ouvert » qui s'apparente alors plutôt à la dimension incitative de l'énoncé qu'à sa dimension coercitive (Mekki, 2009). Il se compose de normes souples, qui laissent place à l'apport de ses destinataires. Dans un tel contexte, le droit devient moins linéaire et la norme n'est plus imposée, mais négociée (Mekki, 2009, p. 11). Le droit peut par exemple suggérer « une sorte de manuel

d'utilisation, de boîte à outils, afin d'orienter l'action normative en vue d'une plus grande harmonisation » (Mekki, 2009, p. 12), devenant un véritable « guide » (Legault, 2002-03). Dans cette perspective, la souplesse de la « texture » du droit éthicisé fait en sorte qu'il devient un moyen de persuasion, mais seuls les destinataires peuvent, par une mise en application réfléchie de la norme, décider de la réelle teneur de l'obligation et, de l'efficacité de la persuasion mise en oeuvre.

Tout comme le fait Mekki (2009), nous pouvons évoquer à titre d'exemple les lois expérimentales qui, limitées dans le temps et l'espace, facilitent la mise en place d'une loi subséquente plus adaptée à la réalité de la situation. L'idée de base est simple : le législateur laisse à la pratique de certains acteurs le soin de faire preuve d'imagination pour régler les problèmes pratiques qu'il ne pouvait lui-même anticiper ou soupçonner. Les destinataires de la norme sont invités (par contrat) à mettre en place des procédés techniques permettant à la loi de « s'appliquer sereinement à l'avenir » (Mekki, 2009, p. 14). Ce faisant, ces derniers usent de leur expérience et d'une pratique réflexive afin de co-construire des normes plus sensibles et adaptées aux réalités complexes et changeantes. À ce sujet, Amselek réfère à un « feed-back » permanent entre loi et pratique. En ses termes, le droit devient ainsi plutôt une « technique de «cogestion » des conduites qui s'inscrit dans un dialogue permanent et complexe entre les gouvernants et les gouvernés eux-mêmes » (Amselek, 1982, p. 292-293). En somme, nous le voyons tant chez Mekki (2009) qu'Amselek (1982), les composantes réflexives du droit accordent un rôle inédit aux destinataires de la norme dans l'énonciation, l'interprétation ou la mise en œuvre de la norme, ce qui constitue un avantage de taille recherché, tant par les législateurs que par les citoyens.

Dans la même veine, dans son livre intitulé *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Benyekhlef (2008) fait état des diverses transformations de la norme jusqu'à l'État réflexif. Dans cet ouvrage colossal, tant du point de vue formel que substantif, Benyekhlef (2008) s'appuie sur la mondialisation comme paradigme de recherche. Il trace l'histoire de la norme à travers le temps et l'utilise comme prétexte pour discuter très largement des effets de la mondialisation sur

le droit et le politique dans sa fonction normative. Quelle est la capacité de l'État à dire le droit en cette ère de mondialisation ? Voilà l'une des questions centrales que l'auteur soulève et à laquelle il fournit une conclusion très critique à l'égard du système et de la modernité juridique. Il critique les principaux courants en théorie du droit que sont le positivisme juridique et le monisme juridique (qui considère l'État comme seul auteur du droit), pour privilégier le pluralisme juridique (qui présente une définition du droit plus ouverte et accueille d'autres normes que celle issue de l'État en tant que droit), pour « mieux saisir les normativités » (Benyekhlef, 2008, p. 55). L'auteur fait le constat de la mutation du droit. Il tente d'en saisir le sens, les remises en question que cela pose quant à la légitimité et à l'effectivité du droit. Enfin, il propose quelques pistes pour repenser le droit postmoderne. Ainsi, par-delà sa critique du « droit moderne », il offre des alternatives en proposant divers modèles de gouvernance globale, qui constituent, en quelque sorte, les bases d'un système en gestation, « le droit postmoderne ».

Benyekhlef (2008) articule son propos en trois temps (la norme moderne, la norme prémoderne et la norme postmoderne) et dégage des solutions à ce monde en mutation. Il propose un nouvel éclairage, celui de la gouvernance globale, capable de mettre en place le dialogue et la discussion propres à créer le consensus (Benyekhlef, 2008, p. 631) pour atteindre la « souveraineté collective » (Benyekhlef, 2008, p. 632). Bref, il s'agit, selon l'auteur, de la « véritable démocratie » dans le contexte mondial actuel. Benyekhlef présente quelques modèles de gouvernance globale « représentatifs des principaux courants doctrinaux qui agitent les débats relatifs à la place de l'État et du droit dans le contexte postmoderne » (Benyekhlef, 2008, p. 637) : le cosmopolitisme, le constitutionnalisme et le réseau. Il incite les juristes à adopter une définition du droit susceptible d'assurer « une reconnaissance relative aux autres normativités tout en permettant la mise en place d'un réel dialogue internormatif » (Benyekhlef, 2008, p. 838). Il s'agit, selon lui, « d'harmoniser un droit pluriel, tout en sachant la centralité symbolique et effective du droit étatique, dans un monde qui devient global », de « bâtir une normativité globale postmoderne, alors que [nos] prédécesseurs [ont construit] une normativité nationale pour un État moderne » (Benyekhlef, 2008, p. 842).

Tout pertinent et éclairant que puisse être le travail de Benyekhlef (2008), par-delà l'aspect de globalisation qu'il aborde, il omet de soulever une question cruciale à nos yeux, à savoir la validité ou les limites de cette « normativité globale postmoderne » et des « divers modèles de gouvernance globale », particulièrement du point de vue de l'éthique. Cette omission fait en sorte que les travaux de Benyekhlef (2008) ne permettent pas d'aborder le brouillage causé par ce phénomène, à savoir, par exemple, y a-t-il une limite à faire porter la réflexivité au sein d'une norme ? Ou encore, est-ce que la réflexivité éthique peut s'exprimer pleinement lorsqu'elle est subordonnée à une norme ou une normativité ? Nous proposons d'aborder ces aspects. Pour ce faire, nous revenons à notre question de recherche sur les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques. Afin de répondre à cette question, nous posons l'hypothèse à l'effet que les lois éthiques peuvent avoir une double composante éthique, parfois plus réflexive, parfois plus déontologique.

Afin de poursuivre notre travail de définition, nous aborderons à la section qui suit les composantes déontologiques de l'éthicisation du droit. Nous venons en effet d'exposer une éthique réflexive qui s'associe aux composantes réflexives de l'actuelle transformation du droit, mais pour démontrer pleinement le caractère hétéroclite de l'actuelle ethicisation du droit, tel que soutenu précédemment, il nous faut maintenant en illustrer un autre registre, soit le registre déontologique. Par la suite, nous serons à même de dresser le parallèle avec deux courants en philosophie : l'un insiste sur les composantes déontologiques et l'autre sur les composantes réflexives, soient l'approche principiste et l'approche réflexive. Cette démarche nous permettra d'éclairer l'actuelle redéfinition du droit, du point de vue de l'éthique, aux chapitres subséquents.

4.3 Composantes déontologiques

De nos jours, la déontologie réfère à un ensemble de règles et de devoirs. Elle constitue la science de ce « qu'il faut faire », au sens du devoir. Le mot a été inventé par Bentham qui lui donne le sens de moralité générale dans un ouvrage daté de 1834, *Deontology or the science of Morality*. Au fil du temps, le concept a évolué et le terme de déontologie renvoie aujourd'hui à la conformité de l'action au devoir. En cas de manquement, des sanctions

sont prévues pour réprimer l'entrave aux règles. Quotidiennement, la déontologie encadre et balise les actions des personnes œuvrant dans certains secteurs professionnels, soit celles occupant une fonction particulière dans le secteur privé ou public ou encore celles étant associées à un établissement, une organisation ou une association professionnelle. La déontologie s'incarne concrètement dans un code (de déontologie), lequel comporte un ensemble de règles et de sanctions en cas de manquement(s). L'apparition de plus en plus fréquente de « code de déontologie » dans les entreprises ou au sein d'autres organisations démontre un souci de régir les rapports des personnes et de promouvoir l'image de l'entreprise ou de l'organisation dans l'espace public. En effet, la finalité de la déontologie est d'assurer la conformité des comportements en explicitant les « bons » comportements et ceux à prescrire. Ainsi, nous dirons que le terme déontologie est généralement utilisé pour traduire l'idée de devoirs, d'obligations, de prescriptions concrètes par opposition à l'analyse et la réflexion, qui demeurent le propre d'une éthique réflexive (Badiou 1993 ; Bégin, 2009 ; Lacroix, 2011b et 2013). Au Québec, l'article 87 du *Code des professions du Québec* impose à tout Conseil d'administration d'un ordre professionnel d'adopter, « par règlement, un code de déontologie imposant au professionnel des devoirs d'ordre général et particulier envers le public, ses clients et sa profession, notamment celui de s'acquitter de ses obligations professionnelles avec intégrité » (Assemblée nationale du Québec, 1973-74). Le *Code des professions du Québec* consacre un statut quasi-juridique aux codes de déontologie des professionnels. Ce statut met de l'avant la proximité entre le droit et la déontologie.

En effet, la déontologie partage historiquement une proximité avec le droit. En effet, ces deux modes de régulation sociale sont fondés sur l'obligation, la règle et l'obéissance (Boisvert et al., 2003). Leurs structures conventionnelles de gouvernance sont issues du modèle « *command and control* » de l'État régulateur (Bégin 2009 et 2011b; Legault, 2003/03, p. 191). L'expression « *command and control* », commune avec le domaine militaire, donne le ton : le droit et la déontologie déterminent ce qui est permis ou interdit, et sanctionnent les écarts. La commande est prescriptive : l'autorité impose le comportement attendu du destinataire de la norme. Le contrôle signifie qu'une sanction négative est imposée en cas de manquement à l'obligation. Conséquemment, l'objectif

recherché par la mise en place de mesures déontologiques est d'assurer une conformité dans le comportement et de sévir en cas de manquement(s).

Présentement, Bégin (2011b) remarque que bien souvent, le législateur québécois adopte des lois « éthiques » au sein desquelles on retrouve non pas des mesures souples et réflexives, associées à l'éthique, mais des mesures prescriptives, conformément au rôle autoritaire et traditionnel du droit, qui mise sur l'énonciation d'une norme assortie de sanctions. Ce qui en amènent plusieurs à affirmer que le législateur utilise parfois le terme « éthique » à tort (Bégin, 2011b ; Lalonde, 2011), puisqu'une étude minutieuse de textes législatifs révèle que le législateur réfère en fait à la déontologie. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de faire nous même ce constat, au chapitre 3, après une analyse de quelques lois éthiques québécoises. Ainsi, en dépit de l'usage du terme « éthique », la loi s'exprime en termes de devoirs, de prescriptions et de lignes de conduite à respecter impérativement. Tel que le remarque Bégin (2011b), cette situation donne lieu à une confusion quant à la réelle signification de l'éthique.

Mais alors, est-il juste d'affirmer que le législateur « éthicise » véritablement le droit ? En fait, le législateur fait un double usage du concept de l'éthique. Il le fait parfois en laissant la possibilité aux destinataires de la norme de définir leur action ou de s'engager dans des modes de règlement de différends, dans une perspective réflexive. Dans d'autres cas, il s'agit plutôt de composantes déontologiques qui imposent des devoirs et des sanctions, malgré l'appellation « éthique » mobilisée. Il y a donc sur le terrain un double usage du terme éthique : parfois il s'agit d'une référence à des composantes réflexives et d'autres fois, il s'agit d'une référence à des composantes déontologiques. Cette situation crée une certaine confusion. Qui plus est, au niveau philosophique, rappelons que pour certains, la déontologie est un courant en éthique (Billier, 2001 ; Ogien et Tappolet, 2008), ajoutant ainsi encore un peu plus à la confusion. Bref, si l'ensemble des constats que nous venons d'évoquer nous suffit pour associer ces transformations au phénomène d'éthicisation du droit, il serait faux de croire que la situation est tout à fait limpide. Comme Bégin l'a d'ailleurs souligné à juste titre, il semble qu'un travail conceptuel supplémentaire

demeure nécessaire (Bégin, 2011b) afin de bien saisir les distinctions entre les diverses significations de l'éthique.

C'est aussi dans cette direction que pointe Lalonde pour qui « la transformation de la théorie de la norme doit s'ancrer dans les nouvelles théories de la norme qui envisagent un rôle plus procédural pour le droit dans l'encadrement d'une plus grande réflexivité qui serait redonnée aux acteurs, par les différents dispositifs réflexifs de la gouvernance » (Lalonde, 2011, p. 130). Elle précise que ces normes doivent être reconnues par le droit dans leur particularité, ce qui bouleverse une conception plus traditionnelle de la norme juridique et de son potentiel d'effectuation. Lalonde explique en effet que du « point de vue du droit », seule l'éthique incarnée dans la loi existe et elle est alors déontologique » (Lalonde, 2011, p. 119). Elle précise par ailleurs que « lorsque la loi marie des normes juridiques et des normes éthiques, ou l'éthique se dilue, absorbée par la déontologie, ou son sens est éludé par les règles d'interprétation » (Lalonde, 2011, p. 119). Citant Ost (1984), Lalonde affirme que l'adhésion à des valeurs relève de l'obligation morale et non de l'obligation juridique elle-même. Reconnaisant la littérature contemporaine sur le droit souple et la transformation de la force normative, Lalonde indique que le passage de la sanction à la promotion « schématise une tension entre le droit et l'éthique » et « synthétise le défi posé au droit ».

Aux yeux de Lalonde, l'éthique demeure associée au domaine moral pour le juriste; tandis que la déontologie peut s'associer aisément au plan juridique. Pour reprendre ses termes, « la déontologie parle le langage du droit et elle se présente comme une traduction par l'ordre juridique de l'éthique » (Lalonde, 2011, p. 122). Lalonde illustre la proximité épistémologique entre le droit et la déontologie, admettant que les lois éthiques rompent avec une vision plus traditionnelle du droit où l'éthique est strictement incarnée par la déontologie (Lalonde, 2011, p. 122). Ainsi, les composantes déontologiques du droit semblent plus compatibles avec celui-ci que les composantes réflexives. Afin d'approfondir cette piste, il nous faut d'abord nous pencher sur l'aspect théorique de ces composantes et étudier les courants philosophiques appropriés.

5 Deux courants en philosophie

Comme nous l'avons déjà mentionné, le recours, ou l'intégration de l'éthique au droit dans la troisième phase d'éthicisation s'effectue selon différentes conceptions de l'éthique. C'est pourquoi il nous apparaît maintenant important de revenir sur les principales conceptions de l'éthique pour les fins de la présente analyse afin de dresser des ponts entre ces théories philosophiques et l'éthicisation du droit. Afin d'articuler les liens nécessaires à notre entreprise, nous proposons maintenant d'associer chacune de ces deux approches à deux courants de pensée philosophique. Plus précisément, nous associerons l'approche principiste aux composantes déontologiques, tandis que nous établirons un lien entre l'approche réflexive en philosophie et les composantes réflexives comprises dans la redéfinition du droit.

5.1 Approche principiste

En philosophie contemporaine, l'approche principiste puise ses racines dans la bioéthique, qui s'est particulièrement développée à partir des années 1960 (Beauchamp et Childress, 2008). La bioéthique est une partie de l'éthique qui est apparue, en tant que « champ » ou « discipline » nouvelle durant cette période, essentiellement en réponse aux atrocités commises par les médecins et les scientifiques, lors de la Deuxième Guerre mondiale. La bioéthique se concentre sur des interrogations relatives au développement de la biomédecine et des technosciences. Précisons toutefois que les interrogations éthiques concernant la médecine ne sont pas nouvelles et que déjà, à l'époque de la Grèce Antique, on s'interrogeait sur les bonnes pratiques médicales (Hippocrate). Mais après la seconde guerre mondiale, cette interrogation s'est systématisée autour d'une nouvelle discipline désormais présentée comme une manière d'humaniser la médecine et la science. En ce sens, la bioéthique se distingue de la déontologie médicale classique puisqu'elle constitue tout à la fois une étude des problèmes moraux relatifs à la pratique médicale, la technoscience et la recherche scientifique moderne et une aide à leur résolution.

Au début des années 1960, dans les pays industrialisés, un certain nombre de revendications tenant aux droits et à l'autonomie de la personne ont conduit à des changements sociaux importants. On peut citer, par exemple, la dépénalisation de l'avortement et de l'homosexualité, la libération sexuelle, la légalisation du divorce, etc. Dans cette mouvance, certains penseurs, dont le théologien Joseph Fletcher qui fut l'un des pères de la bioéthique, ont critiqué le paternalisme des médecins. Fletcher, tenu par Childress (2008) pour un pionnier de la bioéthique a ainsi inspiré des éthiciens contemporains, par l'entremise de sa théorie dite de la « *situation ethics* » et ses autres écrits en éthique (Fletcher, 1966). Comme nous l'avons vu, Legault (2002-2003) s'appuie largement sur Fletcher pour développer diverses théories en éthique appliquée.

S'appuyant avant tout sur une pensée théologique¹⁷, Fletcher déploie une nouvelle théorie morale. Dans *Situation Ethics: The New Morality*, Fletcher (1966) propose une autre lecture de la moralité, axée sur la décision de l'individu et quitte l'approche du raisonnement moral axée sur l'obligation morale pour l'approche de la prise de décision. C'est en partie à partir des travaux et des propositions faites par Fletcher que Legault a pour sa part développé un modèle de délibération éthique dans lequel la valeur prend la place de l'obligation dans la prise de décision (Legault, 2002-03). À l'instar de Fletcher, il effectue une « transformation de la décision morale dont la légitimité est fondée sur la valeur plutôt que sur le devoir » (Legault, 2002-03, p. 169). Ainsi, le modèle de délibération éthique que Legault (1999 et 2002-03) développe envisage la prise de décision comme un processus par « lequel l'agent moral exerce son autonomie, c'est-à-dire sa capacité de se donner ses propres règles d'action, et non comme l'exécution d'un raisonnement pratique défini à partir d'une anthropologie philosophique préalable de la rationalité pratique » (Legault, 2002-03, p. 169). Grâce à ces penseurs, « la délibération éthique ne porte pas uniquement à établir si l'action envisagée dans une situation permet d'atteindre la valeur visée, mais elle doit aussi justifier le choix de la valeur visée parmi d'autres possibles dans la situation » (Legault, 2002-03, p. 169).

¹⁷ Fletcher s'appuie largement sur le premier commandement de tous, «Aimez-vous les uns les autres», ce qui constitue un horizon des valeurs chrétiennes (Legault, 2002-03, p. 169).

À la même époque que Fletcher et parallèlement à ses travaux qui, tel que nous venons de le rappeler, ont ouvert la voie à l'intégration d'une dimension axiologique en éthique, des chercheurs ont questionné les pratiques de leurs collègues. Plus précisément, ils étaient préoccupés par la légitimité de certains actes posés par leurs pairs dans le domaine de la recherche. À leur avis, des scientifiques violaient les droits fondamentaux des participants à la recherche en ne donnant pas, entre autres choses, toutes les informations concernant leur projet de recherche aux patients. À ce titre, la dénonciation du célèbre anesthésiste américain, le Dr Henry K. Beecher a fait scandale. En 1966, il publie un article intitulé *Ethics and medical research*, dans le *New England Journal of Medicine*. Dans celui-ci, Beecher dénonce 22 exemples de pratiques cliniques en recherche qui se révèlent douteuses ou carrément inadmissibles.

L'un des cas sans doute les plus connus dénoncé par Beecher est une recherche sur la syphilis¹⁸ qui s'est tenue dans le Sud des États-Unis, à Macon County, en Alabama (Tuskegee et Willowbrook). Le Service de santé publique des États-Unis avait recruté plus de six cents participants à la recherche, la plupart des noirs, métayers pauvres et analphabètes. Environ deux cents n'étaient pas atteints de syphilis et servaient de groupe témoin, quatre cents autres, malades, constituaient la véritable population à l'étude. La question de recherche était fort simple : quels sont les effets de la syphilis chez des malades non traités? À l'époque, les connaissances au sujet de cette maladie étaient limitées et les traitements disponibles peu concluants. Afin de fournir de nouvelles connaissances, les chercheurs ont toutefois posé des gestes répréhensibles. D'abord, les participants n'ont pas été informés qu'ils étaient atteints de la syphilis et n'ont reçu aucune information au sujet des conditions de transmission de cette maladie, ce qui a causé sa propagation. Ensuite, les médecins ont trompé leurs patients sur les finalités des examens qu'ils devaient subir. Enfin, les médecins ont délibérément tenu des patients à l'écart du traitement par antibiotiques quand celui-ci est devenu disponible, et ce, pendant plus de vingt-cinq ans. En effet, dès 1942, des chercheurs d'Oxford ont découvert les usages thérapeutiques de la pénicilline, laquelle fut immédiatement utilisée pour

¹⁸ La syphilis est une maladie sexuellement transmissible à l'origine de paralysies, de démence et de crises cardiaques.

traiter cette maladie pour devenir, en 1947, le traitement standard pour la syphilis. Toutefois, les médecins de Tuskegee n'ont pas informé leurs patients de cette découverte et ont conservé le même protocole de recherche, jusqu'à la révélation du scandale, en 1972. C'est ainsi que des médecins ont laissé leurs patients mourir d'une maladie dont ils connaissaient le remède : sur les quatre cents participants, vingt-huit décédèrent directement de la syphilis, cent de complications liées à la maladie. De plus, quarante épouses ont été infectées et dix-neuf enfants sont nés avec la syphilis congénitale. Aujourd'hui, dans la culture américaine, Tuskegee est devenu synonyme de « science raciste et meurtrière » (Bonnet et Robert, 2009, p. 89).

Grâce à l'article de Beecher, ce cas, tout comme les 21 autres recensés, furent dénoncés. Par l'entremise de cet article, Beecher a mis à jour l'immoralité de certaines pratiques en recherche et a documenté les sévices subis par des participants à la recherche. Encore à ce jour, Beecher demeure un pionnier en matière de protection des participants à la recherche : il a permis une prise de conscience et une transformation des pratiques jugées inacceptables en recherche. Dans certains cas, ces pratiques vont même jusqu'à mettre la vie des participants en danger, et ce, au nom de l'avancement de la science, tel que nous venons de le voir.

Une des conséquences notables de la publication de l'article de Beecher fut une grande diminution de la confiance de la population envers les médecins et les scientifiques. Sa publication a provoqué un véritable éveil, et ce, tant dans la population qu'au sein de la communauté scientifique. En réponse à la situation dénoncée par Beecher, la communauté scientifique a adopté des mesures : quelques textes clefs énonçant les principes à respecter en matière de recherche avec des êtres humains ont été adoptés, dont le Rapport Belmont (Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et comportementale, 1979). Le Rapport Belmont demeure sans aucun doute le texte phare en cette matière, adopté durant cette période.

Le Rapport Belmont énonce trois principes concernant la recherche faisant appel à la participation de sujets humains : les principes du respect de la personne, la bienfaisance

et la justice. Ces principes généraux cherchent à s'assurer que le déroulement de la recherche prenne « en compte les exigences suivantes : un consentement fondé sur l'information, une évaluation des risques et des avantages et la sélection des sujets participant à la recherche » (Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et comportementale, 1979, p. 8). Le Rapport Belmont, tout comme d'autres textes normatifs en éthique de la recherche, vise la protection des participants à la recherche par l'énonciation de principes directeurs. Dans leur ensemble, ces textes témoignent bien du désir de rehausser les standards éthiques en matière de recherche et révèlent l'engagement de la communauté scientifique à cette fin.

Plus vastement, cette période fut marquée par la remise en question de l'autorité des scientifiques et des médecins, qui ne pouvaient plus jouir de leur autorité jadis absolue (Fletcher, 1966). Puisque la confiance n'était plus acquise, elle devait être regagnée afin de redonner une légitimité aux figures scientifiques. C'est dans cette mouvance que l'approche « principiste » voit le jour. Beauchamp et Childress (2008) exposent, dans le livre *Principles of Biomedical Ethics*, les grandes lignes de cette approche, fondée sur les principes de la bioéthique. Les auteurs formalisent au total quatre principes formels en bioéthique, largement repris encore à ce jour : principe d'autonomie, de bienfaisance, de non-malfaisance et de justice, ou *fair opportunity* (2008).

La définition de ces principes en bioéthique donnée par Beauchamp et Childress a contribué à développer une approche éthique fondée sur l'arbitrage, à partir de ces principes, d'où le nom « principisme » pour qualifier cette approche (Beauchamp et Childress, 2008). Malgré les critiques de plusieurs (Lajeunesse et Sosoe, 1996 ; Massé, 2003, cité dans Droz et Lavigne, 2006, p. 90), cette approche est retenue par des penseurs pour ses contributions au plan méthodologique (Droz et Lavigne, 2006) et, surtout, elle reste une des approches les plus utilisées sur les terrains de pratique. Elle l'est en bonne partie en raison du fait qu'elle utilise une méthodologie adaptée à l'éthique appliquée et incite à considérer une approche subordonnée non pas aux principes « *principle-driven* », mais au « *principle-guided* », c'est-à-dire une approche guidée par les principes (Droz et Lavigne, 2006, p. 90).

Si pour Beauchamp et Childress le principisme est présenté comme une théorie éthique, les auteurs Droz et Lavigne (2006) avancent qu'il s'agit plus largement d'une « méthodologie adaptée [...] à une éthique appliquée » (Droz et Lavigne, 2006, p. 90). Par-delà cette distinction, il reste que l'approche principiste n'est pas subordonnée à des principes comme plusieurs le croient, c'est-à-dire que les personnes qui utilisent cette approche ne cherchent pas à « appliquer des principes », mais acceptent plutôt d'être « guidés » par les principes (Droz et Lavigne, 2006). À cet égard, dans les récentes éditions de leur bouquin *Principles of Biomedical Ethics*, les auteurs Beauchamp et Childress (2008) proposent un principisme plus sensible au contexte, aux circonstances et aux spécificités du cas (Droz et Lavigne, 2006, p. 91). Il s'agit d'un « principisme spécifié » (De Garcia, 1992, cité par Droz et Lavigne, 2006, p. 91) qui a le « mérite d'offrir un cadre d'analyse clair pour une éthique normative pratique et productive » (Droz et Lavigne, 2006, p. 91), et qui octroie la possibilité d'un vocabulaire partagé pour organiser la « délibération éthique », associée à « une véritable éthique de la discussion et de l'arbitrage » (Droz et Lavigne, 2006, p. 91). L'approche récente proposée par Beauchamp et Childress (2008) est donc « hybride » (Droz et Lavigne, 2006, p. 91), c'est-à-dire qu'il s'agit d'une approche qui va de la déduction à l'induction. Elle comporte trois démarches : 1) l'application (application mécaniste des principes et règles), 2) l'équilibrage (« poids intuitivement » accordé à des principes en compétition particulièrement défendue dans les trois premières éditions des *Principles of Bioethics*) et 3) la spécification (ajustement qualitatif des normes aux cas particuliers) (Droz et Lavigne, 2006, p. 91).

C'est dans cette dernière démarche que l'on conçoit plus précisément un « principisme spécifié », c'est-à-dire sensible au contexte, aux circonstances et aux spécificités du cas. Le principisme spécifié décline les principes en règles à portée restreinte, puis est l'objet d'une spécification qui adapte ces principes et règles au contexte (Droz et Lavigne, 2006, p. 93). Ces modifications apportées à la démarche sont importantes puisqu'elles font écho aux critiques de l'approche principiste dans ses premières versions (Lajeunesse et Sosoe, 1996 ; Massé, 2003, cité dans Droz et Lavigne, 2006, p. 90) et plus largement, à la crise du droit et de l'autorité. Comme nous l'avons vu, avec l'avènement de la crise du droit, le respect de la norme n'est plus acquis. Et c'est dans ce contexte qu'une application

mécanique et décontextualisée de principes traités comme des normes absolues s'est attirée des critiques importantes, dont l'absence de sensibilité au contexte. En fait, un caractère mécanique de la démarche d'analyse éthique et une absence de théorie éthique fondamentale cohérente ont provoqué une certaine méfiance (Droz et Lavigne, 2006, p. 90). La notion de principisme spécifié, développée par Beauchamp et Childress, s'avère ici toute pertinente. En effet, dans un contexte plus vaste marqué par la crise de droit et de l'autorité, le virage amorcé vers un principisme spécifié, qui prend en compte le contextualisme et les approches plus réflexives, se révèle un choix plus légitime et judicieux.

Tout intéressante que soit cette approche, elle pose néanmoins un problème au plan épistémologique. En effet, cette version renouvelée du principisme ne modifie pas l'ancrage méthodologique et épistémologique du principisme. Il s'agit du même problème que suscite l'actuelle redéfinition du droit, à savoir que les ancrages théoriques des approches éthiques qu'elle mobilise ne sont pas clairement établis. C'est pourquoi toutes deux soulèvent des enjeux fondamentaux sur lesquels nous faisons porter la présente thèse, et qui nous amènent à nous demander comment conceptualiser au plan éthique ces appels au contexte, à la réflexivité, dans des approches normatives traditionnellement articulées sous le mode impératif, coercitif et autoritaire qui ont pour fonction de restreindre cette réflexivité à laquelle nous faisons justement appel?

Pour faciliter notre analyse en vue de formuler une réponse à cette interrogation et étant donné leur grande proximité conceptuelle, nous associerons dans la présente thèse l'approche principiste et la déontologie. Ces approches sont fondées sur le respect d'une norme, d'un appel à un principe, en vue d'obtenir un comportement attendu et prédéterminé. La conception du « bon » (principe, action ou comportement), du « bien » agir devient normé, balisé. Le « bien » ou le « bon » s'articule sous le mode de l'impératif, de l'obligation, voire de la sanction. En regroupant ces approches sous une seule, que nous appellerons l'approche principiste pour les besoins de la présente thèse, nous serons à même de construire une grille d'analyse de l'éthicisation du droit, pour en éclairer les

bases épistémologiques. Ceci nous permettra de distinguer l'apport plus normatif d'une posture plus réflexive que l'on retrouve en éthique, et d'en réfléchir les retombées.

Nous avons jusqu'à présent résumé brièvement l'origine de l'approche principiste, en philosophie. Comme nous l'avons rappelé, cette approche a été mise de l'avant initialement dans le domaine de la bioéthique, au début des années 1960, alors qu'elle cherchait à répondre à de graves manquements à l'éthique de la recherche et au désir de renouveler la pratique de la médecine et la recherche scientifique, dans un contexte de scandales. Graduellement, l'approche principiste s'est déployée dans d'autres secteurs que celui de la bioéthique, tel que la philosophie du droit, sans pour cette fois le faire afin de répondre à un climat marqué par les éclats ou le trouble. Il s'agit plutôt des mérites de l'approche principiste qui a attiré des adeptes dans tous les secteurs. Il nous importe désormais de bien expliquer comment, en théorie du droit, la référence à des principes établis ou pré-sélectionnés afin d'appliquer une norme (juridique) s'envisage. Cette démonstration nous permettra de mieux expliquer notre choix d'associer la déontologie à l'approche principiste. Pour ce faire, nous utiliserons les travaux de Dworkin (1985 et 1986) qui a été un des principaux défenseurs d'une analyse et d'une défense du droit fondée sur les principes.

Pour les fins de cette thèse, nous associons l'appel aux principes de Dworkin à l'approche principiste. Pour bien comprendre ce choix, un détour par les propos de Canto-Sperber, s'avère éclairant (2005). Celle-ci défend un point de vue réaliste en morale et précise les critères du jugement moral. Elle appelle de ses vœux une « morale internationale » (Canto-Sperber, 2005) et rejoint en cela la remoralisation de l'action dans nos sociétés que propose Dworkin (celui-ci défend plus spécifiquement cette remoralisation par le droit, alors qu'elle le fait par la formulation d'une morale internationale imposée aux États). Forts de cette prétention, ces auteurs s'attardent à définir l'aspiration à la vérité des jugements moraux et de l'action par l'entremise d'une conception de la vérité, du bien, qu'il faut actualiser. Ce qui les amènent à chercher un fondement universel à l'action qu'ils envisagent par la référence aux principes. Respectivement, ils étudient l'application des principes pour définir les prétentions morales des relations internationales et les

justifications de l'usage de la violence (Canto-Sperber, 2001 et 2005) ou celle des relations entre droit, morale et politique (Dworkin, 1986). Bref, la remoralisation qu'ils envisagent pour nos sociétés passe par un appel aux principes et à la morale qui peut être associée à l'approche principiste.

À cet égard, abordons plus soigneusement les propos de Dworkin. S'opposant au positivisme juridique, et plus particulièrement à celui proposé par l'un des plus célèbres défenseurs de ce courant, Hart (1958 et 1994), Dworkin a toujours défendu l'existence d'un lien entre le droit et la morale (Dworkin, 1977), allant jusqu'à soutenir que le droit est une branche de la morale (Dworkin, 2011). Puisqu'il s'attache à défendre un lien entre droit et morale, Dworkin invite à la remoralisation de l'action par le droit dans nos sociétés. En effet, la principale critique que formule Dworkin à l'endroit du positivisme et à la position de Hart est leur refus d'admettre que le droit est une question morale. Dans son premier ouvrage majeur, *Taking Rights Seriously* (Dworkin, 1977), il défend ainsi avec virulence l'importance morale des droits individuels face au positivisme juridique et à l'utilitarisme. Soucieux de traduire cette moralisation dans les faits, il propose une compréhension herméneutique de la fonction du juge dans *Law's empire* (Dworkin, 1986). À ses yeux, lorsque le juge doit trancher des cas difficiles, il doit appuyer sa décision sur une interprétation de l'histoire du droit, à partir de sa communauté politique et de la moralité collective sous-jacente à l'évolution du droit. C'est en ce sens que nous prétendons que Dworkin adopte une approche principiste : le juge dans l'exercice de ses fonctions se fonde sur des principes afin d'interpréter et d'appliquer les règles à l'occasion d'un litige (Dworkin, 1995).

Qui plus est, Dworkin (1986) soutient que le droit est sujet à interprétation, ce qui conduit les juges à rechercher la meilleure solution et donc à réintroduire le jugement moral et la recherche de principes dans l'interprétation du droit. Lorsqu'il doit trancher des cas difficiles, le juge appuie sa décision sur une interprétation de l'histoire du droit dans sa communauté politique et de la moralité collective sous-jacente à cette évolution. De la sorte, le droit n'est ni dissocié de la politique, de la morale ou des mœurs de la collectivité dans laquelle il s'incarne.

Nous l'avons dit, les règles de droit invoquées dans un litige doivent être sous-tendues par des principes pour Dworkin (1985). Il précise en fait que les règles sont interprétées par les juges, selon les principes préétablis (Dworkin, 1986). Pour illustrer cette idée, il formule la métaphore voulant que l'exercice contemporain du droit s'articule de la même manière que le « déroulement du roman politique » (Dworkin, 1986, p. 248). Les juges créent ensemble un roman unifié: ils sont auteurs et critiques. Il s'agit de « la chaîne du droit ». C'est en ce sens que « l'empire du droit » devient une attitude d'interprétation d'autoréflexion, qui « s'adresse à la politique dans son sens le plus large » (Dworkin, 1986, p. 449).

En somme, chez Dworkin, « le droit est un concept d'interprétation » (Dworkin, 1986, p. 446) qui donne lieu à une délibération judiciaire dont le juge est garant. Pour mener à terme cette délibération dans une cause plus difficile, le juge fait appel à des principes légaux plus larges que la simple lettre du droit (Dworkin, 1977, p. 46). Et c'est dans la recherche et l'actualisation de ces principes que Dworkin situe l'importance du rapport à la morale en droit : le droit édifie des principes exprimant avant tout la morale politique d'une communauté. Dit autrement, le droit est constitué de principes découlant de la communauté politique et le rôle du juge est de les interpréter ainsi que de les mettre en pratique. L'appel à ces principes est légitime pour Dworkin, puisqu'il s'agit de « (...) la légitimité morale au nom de la fraternité » (Dworkin, 1986, p. 236).

Derrière cet appel aux principes et à la morale, il y a cette idée que certains comportements sont bons, tandis que d'autres sont mauvais. Les bons comportements doivent être recherchés, tandis que les mauvais doivent être proscrits. La dualité bien/mal se traduit par un respect ou un manquement à un ensemble de principes identifiés implicitement ou explicitement. De ce socle de principes découlent des comportements à proscrire et adopter, bref, des comportements à contrôler et à sanctionner (Dworkin, 1985). En cela, l'approche principiste rejoint l'approche déontologique et rend bien compte des composantes déontologiques de l'éthicisation du droit. La dimension prescriptive et impérative constitue la grande similarité qui relie

l'approche principiste en philosophie aux composantes déontologiques de l'éthicisation du droit et de la déontologie, abordées précédemment.

Nous avons brièvement rappelés dans ce chapitre les principaux courants en philosophie morale pouvant être regroupés sous trois branches : le conséquentialisme, le déontologisme et l'éthique des vertus (Billier, 2010 ; Sandel, 2010). Nous avons illustré que les composantes déontologiques de l'éthicisation du droit s'inscrivent dans une approche principiste. Au plan de la philosophie morale, elles demeurent associées au déontologisme. Ce courant, en philosophie morale, considère que la morale est l'action bonne accomplie en fonction de principes absolus. Les principes s'appliquent à l'action, et ce, peu importe les conséquences. Il s'agit pour toute personne de mener sa vie de façon à suivre des règles prédéterminées qui s'appuient sur les principes ciblés. Par conséquent, toute personne doit accomplir une action si et seulement si cette action est requise par des principes moraux absolus (Ogien et Tappolet, 2008, p. 143).

Le déontologisme se situe dans une éthique de type normative qui prescrit l'interdit, soit ce qui est bien ou mal, ce qu'il faut faire ou ne pas faire. Malgré les différentes bonifications qui lui furent apportées au fil des ans, elle ne permet pas encore d'aborder pleinement les composantes réflexives de l'éthicisation du droit. En effet, le déontologisme ne tient pas compte des plus récents travaux en sociologie qui insistent bien sur les modifications structurelles en cours dans nos sociétés et ouvrent la voie à une approche plus réflexive en éthique (Beck, 1986 ; Giddens, 1987 et 1994 ; Dubet et Martuccelli, 1998). Or, des auteurs tels Ricoeur, Legault et Lacroix, soutiennent des définitions distinctes de l'éthique et de la morale, s'approchant du coup des constats faits par les sociologues cités précédemment. Ils proposent une éthique fondée sur une conception axiologique de la vie en société et non plus uniquement normative, d'où l'intérêt de nous y attarder. Ceci nous permettra de compléter notre cadre conceptuel pour éclairer l'éthicisation du droit, aux chapitres subséquents.

5.2 Approche réflexive

La notion de réflexivité a clairement été posée par Giddens, Beck et Lasch, dans *Reflexive Modernization* (1994). Dans ce livre, les trois éminents sociologues réfléchissent à la modernité réflexive, au processus de modernisation en soi et aux implications de la « modernisation réflexive » de la théorie sociale et culturelle d'aujourd'hui. Le thème de la réflexivité en est ainsi venu à être au centre de leur analyse sociale. La vision de Beck de la « société du risque » est déjà devenue extraordinairement influente dès la parution de son ouvrage *La Société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*, en 1986. Dans ce livre, Beck insiste sur la dissolution des institutions traditionnelles et la montée des forces transnationales, tout en favorisant un nouveau type de solidarité face aux dangers qui guettent l'homme, résultats de la société du risque (Beck, 1986). L'homme est désormais confronté aux limites inhérentes à toutes les formes de savoir social. Dans le collectif *Reflexive Modernization*, Beck offre une nouvelle élaboration de ses idées de base, reliant la modernisation réflexive à l'émancipation de la pensée individuelle et collective, ainsi qu'à la réflexivité, et plus largement, à la pensée critique et autonome (Beck, Giddens et Lash, 1994).

De son côté, Giddens propose un examen en profondeur des liens entre la « réflexivité institutionnelle » et la perte de la tradition du monde moderne (Beck, Giddens et Lash, 1994). Selon lui, nous entrons dans une phase de développement d'une société mondiale. Giddens (1994) propose une troisième voie des politiques sociales visant à faire face aux nouveaux défis que posent les choix identitaires et la vie. Il illustre les incertitudes de la « modernité réflexive ». Allant dans le même sens, Lash développe le thème de la modernisation réflexive par rapport à l'esthétique et à l'interprétation de la culture (Beck, Giddens et Lash, 1994). Dans ce domaine, à son avis, nous avons besoin de revoir les théories classiques du postmodernisme, la modernisation esthétique ayant des qualités distinctives qui doivent être découvertes et analysées. Dans les sections finales de l'ouvrage (Beck, Giddens et Lash, 1994), les auteurs proposent trois évaluations critiques des points de vue des uns et des autres, offrant une conclusion synthétique pour le travail dans son ensemble. Les auteurs mettent de l'avant une réflexivité nouvelle face aux

changements du monde. Bien que ce travail sociologique novateur sur la réflexivité et l'application du concept de réflexivité demeure des plus pertinents, rappelons que la démarche réflexive avait déjà été mise de l'avant par d'autres philosophes du 20^e siècle.

C'est le cas de Dewey. Ce philosophe et pédagogue américain a défendu une posture pragmatiste à l'intérieur de laquelle on peut déployer une démarche réflexive (1859-1952). Pour Frega (2006), Dewey demeure à l'origine de l'approche réflexive, telle qu'envisagée en éthique contemporaine, par l'explication qu'il formule du principe de la continuité de l'expérience, la théorie de l'enquête et la définition de l'acte de penser, c'est-à-dire la réflexion. Dans ses travaux, Dewey souligne que l'intervention d'un enseignant devrait être le fruit d'un processus de réflexion afin de justifier et de prévoir les conséquences de son action (Renier, 2013). Selon Dewey (1993), l'enseignant devrait entreprendre sa planification comme on entreprend une démarche de résolution de problèmes. Pour Dewey, le monde commun ne correspond pas à des normes prédéterminées. Les personnes occupent plutôt une place primordiale dans l'appréciation du monde vécu, de par l'expérience qu'elles en font. À ce sujet, Aiguier précise que c'est :

(...) à partir de l'expérience que font les acteurs des situations de doute qu'ils rencontrent et pour lesquelles ils s'engagent à construire à travers une enquête adaptée des solutions. Pour Dewey, l'expérience est donc centrale ; elle constitue le cœur même de la démarche éthique et de sa pédagogie. » (Aiguier et al., 2012, p. 5).

Ainsi, les personnes font l'expérience d'une situation singulière au cours de laquelle diverses hypothèses sont examinées par l'exercice de la réflexion. Dans cette perspective, les théories philosophiques traditionnelles sont appréhendées comme des moyens visant à fournir des hypothèses à tester. La connaissance pour Dewey est de parvenir à donner une signification objective à un objet existant. Ceci devient possible grâce à au processus d'enquête (Dewey, 1993).

Qui plus est, mentionnons qu'en s'inspirant des travaux de Dewey, Argyris et Schön (1978) « ont fait de la pratique réflexive un antidote à l'excès de scientisme de métiers » (Perrennoud, 2004). Schön, chercheur du Massachusetts Institute of Technology (MIT), a

plus particulièrement entrepris des études qui s'inscrivent dans le prolongement des travaux de Dewey. Il s'est préoccupé de la relation entre le savoir scientifique et l'action professionnelle, du point de vue du praticien, afin de démontrer que la pratique professionnelle ne se réduit jamais à l'application de principes théoriques généraux à une situation particulière. En ce sens, Schön ne pourrait pas endosser une démarche principiste qui se trouve dès le départ orientée par des principes à actualiser. Au contraire, il croit plutôt que le professionnel entretient une « conversation avec une situation », pour reprendre les termes que Perrenoud lui attribue (Perrenoud, 2004). L'intervention devient alors dans cette perspective « une activité mentale de haut niveau, qui mobilise, du moins lorsque le problème l'exige, de multiples ressources pour trouver une solution originale » (Perrenoud, 2004, p. 11). Ainsi, le professionnel, loin d'appliquer dans une situation qu'il vit des principes prédéterminés, tel un « livre de recettes », élabore et mobilise son action par la pratique constante de la réflexion. En ce sens, il jouit d'une vaste autonomie et l'action demeure toujours objet de réflexion : avant, pendant et après. Bref, par l'entremise de sa théorie au sujet de la pratique réflexive, Schön contribue au développement de l'approche réflexive en philosophie et approfondit les réflexions initiales de Dewey. Les travaux des auteurs Dewey, Argyris et Schön sur l'intervention ont inspiré des chercheurs en éthique qui tentent de thématiser l'éthique d'une manière plus réflexive et délibérative (Legault, 1999).

Nous n'avons pas la prétention d'avoir illustré ici toute la richesse de ces travaux. Cependant, ce bref aperçu à partir des écrits sociologiques sur la réflexivité (Beck, Giddens et Lash, 1994) et l'approche réflexive en philosophie (Dewey, 1993 ; Argyris et Schön, 1978 ; Perrenoud, 2004) nous permet ultimement de comprendre le concept de réflexivité mobilisée par l'actuelle éthicisation du droit. Nous avons vu en effet que l'éthicisation du droit se fait parfois par l'inclusion de composantes réflexives au droit : les destinataires de la norme inscrivent alors leurs actions dans une approche marquée par la réflexivité. Le concept de réflexivité s'avère alors crucial. D'autres fois, l'éthicisation du droit se construit selon une approche principiste, marquée par une recherche d'agir en fonction d'un principe donné, dans un souci de conformité à celui-ci. Le concept de principe devient alors prépondérant.

La différence entre conformité et réflexivité est majeure et demeure associée à des modes de régulation distincts. D'un côté, la déontologie et le droit ; de l'autre, l'éthique réflexive. Tel que précisé auparavant, dans cette thèse, nous qualifions l'éthicisation du droit comme phénomène englobant, au sein duquel nous pouvons inscrire les récents développements du droit (voir *L'éthicisation du droit*, chapitre 1) et retracer les diverses approches (voir *Courants en philosophie*, chapitre 1). L'objectif de notre travail consiste précisément à faire ressortir les orientations éthiques correspondantes à ces approches, pour mieux apprécier les conditions de validité conceptuelle des transformations du droit. Dans les prochains chapitres, nous nous y intéresserons plus spécifiquement, et ce, à partir d'une des transformations récentes du droit, soit les lois éthiques.

Au préalable toutefois, il convient d'illustrer la proximité que nous entrevoyons entre réflexivité et dialogue, afin de pleinement saisir l'approche réflexive que nous en sommes à poser. Pour ce faire, nous retournerons brièvement aux travaux de Ricoeur qui distingue les notions d'éthique et de morale (2004). Cette distinction lui permet de dégager une éthique ancrée dans une approche téléologique. L'éthique se caractérise alors chez Ricoeur par une visée de la vie bonne et la perspective téléologique (de *telos*, signifiant « fin »). Pour déterminer cette « fin » et la « vie bonne », l'agent devra nécessairement réfléchir son action, son expérience. Ainsi, entrant dans un dialogue, il est à même de mettre en œuvre une réflexivité dans sa quête de la vie bonne. Iwata (1994) présente d'ailleurs la pensée de Ricoeur dans son rapport avec la philosophie réflexive, dont, souligne-t-il, Ricoeur se réclame lui-même, à travers l'influence principalement de Nabert, et lorsqu'il « oriente en même temps vers un autre qu'elle-même, vers l'herméneutique » (Iwata, 1994, p. 101). En somme, Iwata (1994) analyse le développement de Ricoeur pour en faire ressortir trois étapes: « une préoccupation pour dire l'homme et le monde, puis la détermination des conditions de possibilité d'un tel dire, et enfin un souci pour la dimension pratique de l'homme » (Iwata, 1994, p. 101). L'approche réflexive se trouve au centre de cette démarche tripartite, qui nécessite le déploiement d'une délibération et dont l'issue n'est pas prédéterminée. En effet, l'orientation de la vie bonne n'est plus nécessairement donnée par une morale prédéfinie, elle demande à être réfléchie et construite. Bien que Ricoeur ne fasse pas explicitement référence au concept de

réflexivité et de dialogue dans son œuvre, tel qu'Iwata (1994) ou nous-même venons de le faire, Ricoeur le fait implicitement lorsqu'il traite de la distinction entre éthique et morale (2004). Voyons ceci plus minutieusement.

Pour Ricoeur, le « plan de référence » relève de la morale : elle prescrit ce qui est bien et ce qui est mal. Quant à l'éthique, elle réfère à « l'amont des normes » (« éthique antérieure »), qui permet d'identifier les racines des normes de la vie quotidienne et du désir, ainsi qu'à « l'aval des normes » (« éthique postérieure »), qui réfère de son côté au mécanisme d'insertion ou d'application des normes à des situations concrètes (Ricoeur, 2004), par l'entremise de la réflexion. De la sorte, l'approche réflexive se déploie tant en amont qu'en aval des normes et se fait grâce au dialogue, avec soi-même et avec autrui (Ricoeur, 1990 et 2004). Pour bien saisir ceci, il faut se tourner vers la neuvième et la dixième étude que fournit Ricoeur dans son livre *Soi-même comme un autre* (Ricoeur, 1990). La neuvième étude, qui aborde le soi et la sagesse pratique par l'entremise de la conviction, révèle une sagesse pratique nécessaire quand les normes morales semblent inapplicables. La sagesse pratique se révèle dans les conflits dans la relation avec les institutions, la relation avec les autres (Ricoeur en appelle à une sollicitude « critique », qui tient compte de la morale mais qui ne s'y limite pas) et la relation avec soi-même (il aborde la question de l'autonomie par le biais d'auteurs tels Karl-Otto Apel et Jürgen Habermas et la morale communicationnelle qui se construit mutuellement dans la communication). Ainsi, la morale communicationnelle ne saurait, à notre avis, faire l'économie de la réflexivité et du dialogue.

De plus, dans la dixième étude qui porte sur l'ontologie, Ricoeur (1990) attribue à la conscience un rôle final d'attestation. Il ne s'agit pas chez Ricoeur de la mauvaise conscience décrite par Hegel ou Nietzsche, mais la voix a-morale, à la fois intérieure et supérieure qu'avait mise au jour Heidegger. Pour Ricoeur:

(...) la passivité de l'être-enjoint consiste dans la situation d'écoute dans laquelle le sujet éthique se trouve placé par rapport à la voix qui lui est adressée à la seconde personne. Se trouver interpellé à la seconde personne, au cœur même de l'optatif du bien-vivre, puis de l'interdiction de tuer, puis de la recherche du choix approprié à la situation, c'est se reconnaître conjoint de vivre-bien avec et pour les autres dans des institutions justes et de s'estimer soi-même en tant que porteur de ce vœu (Ricoeur, 1990, p. 406).

Ainsi, Ricoeur prend ses distances avec la philosophie kantienne. À ses yeux, la réflexion éthique peut porter sur la dimension morale de l'action sans pour autant s'y limiter. L'éthique aurait plutôt clairement une visée plus vaste de réflexion et une recherche d'un vivre-ensemble de qualité. Dans ses écrits, l'éthique déployée par Ricoeur s'associe donc à une posture plus dialogique et réflexive. L'éthique est d'ailleurs comprise par nombre de philosophes contemporains en termes de réflexivité et de dialogue (Bégin, Lacroix et Legault).

En ce sens, l'éthique devient un processus de réflexion critique sur des valeurs et des normes, qui permet de donner un sens aux comportements (Lacroix, 2002-2003 et 2011b, p. 95). Contrairement à l'approche principiste, l'approche réflexive en éthique plutôt que de baliser des pratiques cherche à les réfléchir et les redéfinir. À terme, l'approche réflexive permettrait, selon plusieurs, d'engager une action plus réfléchie et préparer l'agent à assumer ses responsabilités (Lacroix, 2011b, p. 109). Les propositions de Lacroix sont proches de celles de Lenoble et l'on peut reconnaître une certaine proximité entre leurs compréhensions respectives vis-à-vis ces thématiques. Un détour par les travaux de Lenoble à ce stade nous permettra de faire jaillir l'intime lien entre l'éthicisation du droit et l'approche réflexive, chose que les travaux de Ricoeur n'étaient pas en mesure de faire.

Tel que présentés en introduction, les travaux de Lenoble portent tout particulièrement sur la procéduralisation du droit, l'action des normes, ainsi que le droit, la démocratie et la gouvernance. La théorie de la procéduralisation contextuelle, élaborée avec divers penseurs, dont Maesschalk, propose une nouvelle théorie de la gouvernance, tout en reprenant certains éléments des conceptions développées par Habermas, Luhmann, Teubner et Coleman. Par son entremise, Lenoble défend une approche réflexive de la

procéduralisation (Lenoble, 2002-2003). Partant de la perspective issue de la théorie économique de l'efficacité et celle de la théorie délibérative de la démocratie, il vise un dépassement de ces approches procédurales de la théorie de la norme. Il en appelle ainsi à une procéduralisation contextuelle du droit et de la gouvernance démocratique (Lenoble, 2002-2003). Pour ce faire, Lenoble prend notamment comme point de départ les travaux de Coleman, et plus largement, les approches pragmatistes contemporaines sur lesquelles il s'appuie, dont celle de Putnam (Lenoble, 2006, p. 29), afin de donner une nouvelle assise épistémologique aux transformations du droit. À l'instar de Coleman, il admet les insuffisances des critiques interprétativistes du positivisme et celle des théories de l'action (inspirées de la règle de reconnaissance chez Hart). En réponse à ces insuffisances, il formule l'hypothèse d'un tournant pragmatiste en philosophie du droit-*pragmatic conceptualism* (Lenoble, 2007, p. 4). Au cœur de cette pragmatique se trouve la notion de réflexivité. Au plan épistémologique, Lenoble défend cette notion par un refus du mentalisme. Selon Lenoble (2007), le refus du mentalisme consiste à considérer :

(...) que les significations (c'est-à-dire les visées intentionnelles des opérations de jugement), loin d'être des entités physiques ou computationnelles déposées dans l'esprit, sont toujours dépendantes de la signification d'autres éléments[72] dont la signification ne peut elle-même être supposée fixée et déterminable par application de règles formelles » (Lenoble, 2007, pp. 42-43).

S'appuyant sur Wittgenstein et Putnam, Lenoble affirme « qu'ultimement la signification est fonction de l'usage et que celui-ci prend nécessairement la forme d'une pratique sociale partagée » (Lenoble, 2007, p. 43). Ainsi, la fixation de la signification devient fonction, pour le philosophe, d'une « forme d'activité coopérative au sein de groupes sociaux en vue de produire des croyances communes » (Lenoble, 2007, p. 43). Le refus du mentalisme est à la base de l'épistémologie pragmatique que Lenoble déploie (2006, p. 29). En effet, ce refus « oblige à mettre en évidence » la dimension réflexive de toute opération du jugement (Lenoble, 2006, p. 29). La dimension réflexive vise à poser que toute application de la raison s'appuie sur ou « réfléchit » une « représentation d'arrière-plan que les opérations de la raison ne permettent pas par elles-mêmes de reconstruire » (Lenoble, 2006, p. 29).

Ainsi, la dimension réflexive est centrale dans les approches pragmatiques déployées par les auteurs tels Coleman (1986) et Lenoble (2006 et 2007). Plus spécifiquement, le cadre conceptuel déployé par Lenoble demeure marqué par l'internalisme épistémologique et le mouvement *American legal scholarship* (2006 et 2007). Lenoble part du monde vécu pour déployer une approche pragmatique (Lenoble, 2006). À la question qui cherche à savoir comment un groupe social produit de la normativité, il fournit deux pistes de réponse. La première, issue d'une théorie du droit en lien avec une théorie du jugement, considère que le phénomène juridique vient d'un groupe social qui produit une signification normative partagée. La seconde relie la théorie du droit à la théorie de la gouvernance. Elle considère une forme d'action coopérative au sein du droit, ce qui conduit à inclure la nécessité de dispositifs institutionnels spécifiques (Lenoble, 2007, p. 7).

Ainsi, chez Lenoble, l'approche réflexive se déploie en réponse à la nécessaire reformulation du droit, étant donné ses insuffisances. L'approche réflexive met de l'avant une perspective dialogique, coopérative et réflexive, alliant du coup réflexivité et dialogue, ce qui n'apparaissait pas expressément et complètement chez Ricoeur. Cette reformulation s'articule par le principe de procéduralisation contextuelle et celui de la gouvernance démocratique, fondé sur la réflexivité et la coopération des agents. C'est en ce sens que l'approche réflexive dépasse les insuffisances au droit et de sa remoralisation : le droit met l'accent sur la réflexivité et la co-construction de la norme. Ainsi, le droit, grâce au tournant pragmatiste, ouvre « la voie à son propre approfondissement et à une compréhension renouvelée des conditions de possibilité de la gouvernance par le droit » (Lenoble, 2007, p. 7). C'est ainsi que le droit « aboutit (...) à justifier l'ouverture de l'analyse du concept de droit aux débats actuels des sciences sociales, c'est-à-dire à la question normative de la souhaitable ré-organisation de nos modes de production des normes » (Lenoble, 2007, p. 7).

À la lumière de ce qui précède, nous voyons bien que les approches principiste et réflexive sont opposées. De manière générale, l'une privilégie la conformité, l'application de principes prédéterminés, tandis que l'autre favorise une réflexion autonome et responsable, dont l'issue n'est pas déterminée. Dans la pratique, il n'est pas toujours aisé

d'identifier si nous sommes face à un droit redéfini qui intègre l'éthique ou la déontologie. Une façon de voir s'il s'agit de l'éthique ou de la déontologie est de se demander si la norme invite le destinataire à réfléchir à des moyens, des modalités d'application ou tout autre composante de la norme ou de son application. Dans l'affirmative, il y a de bonnes chances qu'il s'agisse véritablement d'une composante éthique. Si, par contre, la norme impose plus strictement un devoir ou un ensemble de devoirs, assortis de sanctions, alors, nous dirons qu'il s'agit plutôt de déontologie. Dit autrement, nous pouvons nous demander face à une « loi éthique » : est-ce que la norme calque les visées régulatrices et punitives ou met-elle de l'avant une ou des composante(s) réflexive(s) ? Dans le premier cas, il s'agit de déontologie, dans le second, de l'éthique réflexive. La grille que nous nous apprêtons à développer, au prochain chapitre fournira plus de repères afin de distinguer ces orientations distinctes.

En retraçant l'origine de ces approches, nous avons, dans le présent chapitre, particulièrement étudié les auteurs Beauchamp, Childress, Billier et Dworkin, pour l'approche principiste, tandis que nous avons abordés les travaux de Dewey, Argyris, Schön, Ricoeur et Lenoble, pour l'approche réflexive. L'avantage de cet exposé est de nous permettre de mieux saisir les fondements et les assises théoriques en philosophie relatives à l'actuelle éthicisation du droit. Cette démarche nous mènera, au chapitre 2, à construire une grille pour analyser l'éthicisation du droit, selon les deux approches documentés aux sections précédentes, soit l'approche principiste et l'approche réflexive. Par la suite, le chapitre 3 sera l'occasion d'appliquer cette grille à quelques lois éthiques québécoises récentes. Nous pourrons alors, au chapitre 4, envisager le rapport droit/éthique et revenir à notre question de recherche, soit de déterminer les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois.

6 Conclusion

L'objectif de ce chapitre était de qualifier et documenter plus consciencieusement l'éthicisation du droit. Ce passage nous paraissait incontournable afin d'approfondir notre compréhension des fondements et des orientations éthiques de l'actuelle éthicisation du

droit. Nous avons tout d'abord présenté un courant de pensée du vingtième siècle qui a véritablement ébranlé la conception traditionnelle du droit, soit le réalisme juridique. En déployant une vision du droit moins absolue et plus contextuelle du droit, le réalisme juridique a formulé une conception plus ouverte et moins hermétique, ce qui a ouvert la voie aux récentes transformations du droit. Ce détour par le réalisme juridique a permis d'expliquer le contexte d'émergence de l'actuelle évolution du droit, en retraçant ses origines théoriques contemporaines, du point de vue de la philosophie du droit.

Par la suite, nous avons décrit trois phases d'éthicisation du droit. Le premier moment de l'éthicisation du droit se caractérise par l'adoption d'un droit plus axiologique et la modification du rôle du juge par l'ajout d'une fonction éthique, grâce à l'adoption des Chartes. Le second moment d'éthicisation s'apprécie par la mise en œuvre d'alternatives au système juridique traditionnel : la médiation judiciaire, le dialogue et les autres modes de règlement des différends. Enfin, à la lumière de la récente littérature, il est possible, à notre avis, de poser les jalons d'une troisième phase d'éthicisation du droit. Celle-ci se caractérise par une transformation de la force normative du droit et la référence, dans certaines lois, à l'éthique.

Or, cette référence se manifeste de manière hétéroclite. En effet, le caractère hétérogène de l'actuelle éthicisation du droit se décline selon deux pôles: l'intégration d'une éthique dite réflexive et celle d'une éthique déontologique. Plus particulièrement, il est possible d'associer ces tendances à deux courants en philosophie: l'approche principiste et l'approche réflexive. Après avoir étayé l'origine de ces approches en philosophie, il apparaissait simple d'explorer les nuances épistémologiques à l'aide des auteurs pertinents, toujours dans la perspective de qualifier l'éthicisation du droit et d'en saisir les fondements. Ce travail étant complété, nous pourrions désormais étayer le cadre conceptuel nécessaire pour l'analyse des lois éthiques, dans les chapitres subséquents.

En effet, au terme de ce parcours, nous pouvons désormais apprécier l'origine, les phases ainsi que les ramifications de l'éthicisation du droit, en plus de saisir quelques orientations que nous reprendrons sous forme de grille d'analyse, au chapitre suivant.

Dans ce prochain chapitre, nous approfondirons la réappropriation actuelle de l'éthique par le droit, en fonction des différentes conceptions de l'éthique expliquées précédemment. Nous allons à cette fin développer une grille d'analyse, en vue de mieux baliser et caractériser, du point de vue de la philosophie, du droit et de la sociologie, l'éthicisation du droit. Le chapitre 2 sera l'occasion d'expliquer chacun des critères formulés à partir de nos recherches et réflexions, en plus de les justifier de manière plus exhaustive, pour mieux saisir le phénomène d'éthicisation du droit. Nous travaillerons à partir des pôles identifiés dans le chapitre 1, soit l'approche principiste et l'approche réflexive. Notre grille intégrera des paramètres propres à ces courants de pensée. Elle nous permettra de mieux délimiter le phénomène des lois éthiques pour mieux réfléchir ses conditions de validité conceptuelle, aux chapitres subséquents. Ainsi, cette grille nous aidera à éclairer les orientations de l'éthicisation du droit afin d'en apprécier, ultimement, la validité.

CHAPITRE 2

1 Introduction

Dans le premier chapitre, nous avons expliqué l'évolution du droit au cours des cinquante dernières années en insistant tout particulièrement sur le phénomène d'éthicisation du droit. Pour ce faire, nous avons d'abord retracé le tout premier courant de pensée qui a remis en question celui du positivisme juridique (Oppetit, 1999, p. 58), soit le réalisme juridique (Michaut, 1987 ; Tropper, 2003, 2001a, 2001b, 2002-03, 2004b et 2011a). Ce travail nous a permis d'illustrer que les récentes insuffisances du droit relevées par les auteurs contemporains, tels Habermas (1997), Lenoble (2002-03) ou Legault (1989, 2001a, 2001b, 2002-03, 2004b et 2011a) s'inscrivent plus largement dans le prolongement des questionnements et critiques formulés par d'autres, dont les représentants du réalisme juridique, tels Holmes et Ross (Holmes, 1897 ; Ross, 1958, p.60-63). Ces rappels historiques nous ont ainsi permis d'envisager les origines des critiques contemporaines du droit et de situer les principaux courants théoriques, en insistant tout particulièrement sur les motifs et les modalités propres à la théorie du réalisme juridique.

Cette mise en contexte nous a ensuite amenée à discuter des transformations du droit. Nous avons alors vu qu'aux yeux de certains, ces transformations se laissent concevoir comme une réponse aux insuffisances du droit. Pour ceux-là, le droit se transforme pour corriger son inefficience et augmenter sa capacité à réguler les comportements (Habermas, 1997 ; Mekki, 2009 ; Ost et Van Kerchove, 2002 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009). Dans cette perspective, les développements récents en droit (par exemple : le droit souple, la médiation, l'appel aux destinataires de la normes, etc.) seraient un remède à un droit défaillant ou déficient (Lalonde, 2003a ; Legault, 2002-03, p. 182). Jadis, le droit assurait l'ordre par l'obligation et la sanction : il était autoritaire et coercitif. Or, les récentes transformations du droit ont laissé place à une approche plus réflexive et souple en droit, en intégrant de plus en plus l'éthique, et ce, afin de dépasser les insuffisances du

modèle traditionnel (Ost et Van Kerchove, 2002 ; Perelman, 1984). Les récentes transformations du droit constituent essentiellement l'adoption d'une approche plus souple, plus malléable, voire plus réflexive dans certains cas, c'est-à-dire que les destinataires de la norme jouissent d'une liberté et d'une autonomie rehaussées dans l'interprétation, la mise en oeuvre, et même l'articulation du contenu de la norme.

Afin de mieux qualifier les transformations actuelles du droit, nous avons décrit les trois phases du phénomène d'éthicisation du droit dans le chapitre précédent, en insistant tout particulièrement sur la troisième phase, soit la phase actuelle d'éthicisation du droit. Cette troisième phase demeure essentiellement caractérisée par l'émergence du droit souple et des lois éthiques. Pour les fins de la présente thèse, nous avons choisi de circonscrire notre propos à l'une de ces deux transformations, soit les lois éthiques, que nous définirons de nouveau plus longuement dans le présent chapitre. Ce choix nous mène forcément à laisser de côté d'autres phénomènes, tels le droit souple ou la fonction de juger des juges. Bien que ces phénomènes soient actuels et reliés à l'éthicisation du droit, nous avons choisi de faire porter notre étude sur les lois éthiques, au Québec, en raison de l'importance de ce phénomène récent. Les lois éthiques constituent en effet un sujet très actuel de réflexion : des chercheurs québécois constatent l'augmentation des références à l'éthique dans le contexte législatif québécois. Ils y consacrent quelques articles dans la revue *Éthique publique*, publiée en 2011 et intitulée *Faire des lois sur l'éthique ?*. À la lumière de leurs observations, nous souhaitons aller plus loin, pour approfondir le rapprochement droit/éthique et soulever quelques enjeux relatifs à l'adoption de lois éthiques, du point de vue de l'éthique.

Qui plus est, au chapitre précédent, à partir des écrits de Bégin (2009, 2011a, 2011b), nous avons fait ressortir le fait que le droit intègre parfois une éthique dite réflexive et parfois une éthique de type déontologique. Afin de bien circonscrire ce phénomène, nous avons découpé le phénomène de l'éthicisation du droit selon deux catégories principales qui s'associent à deux courants de pensée en philosophie, soit l'approche principiste et l'approche réflexive. Nous avons ensuite retracé l'origine de ces approches, puis exploré

les nuances épistémologiques afin de qualifier l'éthicisation du droit et d'en dégager les fondements.

Nous souhaitons maintenant élaborer un outil d'analyse pour pousser plus loin notre examen des lois éthiques : à cette fin, nous construirons une grille critériée. Cette grille a pour fonction de nous aider à dégager les principales conceptions du droit et de l'éthique mobilisées par l'éthicisation du droit. Elle aura aussi pour fonction de nous aider à illustrer le changement actuel de paradigme en droit : d'un modèle plus autoritaire et contrôlant, le droit devient plus souple, plus malléable, plus flexible. Nous documenterons préalablement l'évolution du modèle traditionnel du droit et quelques conséquences relatives à ce changement, soient principalement la confusion ou les brouillages juridiques et éthiques qu'elle engendre.

Tant des juristes que des philosophes dénoncent actuellement la confusion que pose l'éthicisation du droit (voir par exemple : Bégin, 2009, 2011a et 2011b ; Lalonde, 2011 ; Mockle, 2007). Afin d'expliquer cette confusion, nous aborderons des extraits de la littérature de ces deux disciplines. Ainsi, nous mobiliserons une littérature à la fois de la discipline du droit et de l'éthique, afin d'enrichir notre regard et de mettre de l'avant les particularités de ces perturbations. À la lumière des constats posés, nous étayerons les facteurs entourant la nécessité de construire un outil pour éclairer l'éthicisation du droit, ainsi que la justification à l'origine des critères constituant notre grille, qui sont au nombre de six. Notre grille permettra de délimiter et d'apprécier les caractéristiques de l'éthicisation du droit, selon l'approche principiste ou réflexive. À cet effet, comme nous l'avons annoncé au chapitre 1, nous associerons la déontologie à l'approche principiste. Nous reviendrons sur la démonstration justifiant ce regroupement dans ce chapitre, par les écrits de Kant cette fois, qui formule pour la première fois, en 1785, le concept de l'impératif catégorique, dans le livre *Fondation de la métaphysique des mœurs*. Nous traiterons de l'apport kantien dans la mise en contexte de notre grille. Avant d'introduire et justifier les six critères de notre grille, nous fournirons une mise en contexte et un arrière-plan qui situent l'élaboration de celle-ci, à l'aide de la littérature.

Par la suite, au chapitre 3, nous appliquerons la grille à des exemples de lois éthiques, en contexte québécois. Cet exercice nous permettra, d'une part de tester notre outil, tout en fournissant, d'autre part une illustration des tendances ou approches mobilisées en éthique par quelques lois éthiques québécoises. Le chapitre 4 sera, pour sa part, entièrement consacré à une discussion sur les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques, en contexte québécois. Ce sera l'occasion de revenir à notre hypothèse de départ, à savoir que l'éthicisation actuelle du droit constitue un défi au plan éthique, et ce, particulièrement selon l'approche réflexive.

2 Mise en contexte de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit

Résultat d'une réflexion interdisciplinaire, notre grille est issue d'une étude de la littérature principalement en droit et en philosophie, mais également en sociologie. L'un des rôles de la sociologie concerne l'étude des comportements attendus d'un individu (ou parfois d'une organisation), dans l'exercice d'une fonction, comme celle d'acteurs sociaux. Par conséquent, le sociologue cherche à comprendre et à expliquer l'impact de la dimension sociale sur les représentations et les comportements des humains. Dans le cadre de notre étude, nous cherchons à éclairer la validité conceptuelle des lois éthiques, particulièrement en ce qui a trait à leur forme plus réflexive. Ainsi, nous avons choisi la sociologie afin d'éclairer, de retracer, une notion centrale à notre étude, soit la réflexivité. Des sociologues reconnus ont particulièrement documenté et posé les jalons de cette notion. Ils sont d'ailleurs souvent cités dans la littérature en éthique. Bref, l'apport de la sociologie, bien que partiel, nous semblait indispensable dans le présent contexte.

Cette grille recouvre plusieurs objectifs. Elle doit d'abord nous permettre de repérer plus aisément les diverses conceptions de l'éthique déployées par les diverses formes que revêt le phénomène d'éthicisation du droit. Dans cette perspective, elle pourra subséquemment être une aide précieuse pour toute personne qui travaille à une loi, des codes, des chartes ou autres mesures codifiées qui intègrent des composantes éthiques. Ainsi, elle pourra être utile lors du développement d'un projet de loi éthique, soit au niveau de la planification, la rédaction ou encore, de son interprétation. Puisque les

composantes éthiques (entendues ici dans une perspective déontologique ou réflexive) se retrouvent de plus en plus dans les récentes lois adoptées au Québec (Bégin 2011a et 2011b ; Lalonde 2011), il nous apparaît important de fournir des outils pour faciliter leur analyse, d'autant plus que nous n'avons pas trouvé de tels outils dans notre revue de la littérature. Notre grille va ensuite nous permettre de délimiter l'éthicisation du droit pour en apprécier la teneur eu égard aux divers courants de pensée en éthique. Dans ce contexte, elle nous permettra d'identifier et de réfléchir avec plus de rigueur les fondements des lois éthiques : notre grille nous aidera à éclairer les formes prises par le droit par l'entremise de ces lois afin d'en apprécier la validité conceptuelle.

2.1 L'évolution du modèle traditionnel du droit

Pour éclairer et qualifier l'éthicisation du droit, il nous a semblé important de prendre en compte à la fois la vision classique ou traditionnelle du droit et la vision éthiciée. Tel que posée dès les toutes premières pages de cette thèse, la vision traditionnelle du droit propose une représentation du droit tributaire de l'obéissance des justiciables à la norme juridique. Elle est fondée sur une forme plus coercitive et répressive du droit (Mekki, 2009). De son côté, la vision éthiciée apporte, à un niveau plus ou moins élevé, une réflexivité, soit par l'appel aux principes ou plus directement, la mobilisation d'une éthique moins normative. À la lumière de ces constats, nous avons cherché à construire un outil apte à rendre compte de cette transformation du droit. Ainsi, nous nous sommes inspirés de la trame évolutive du droit pour formuler des critères qui permettent de traduire ces différentes réalités juridiques. Les critères retenus nous permettent d'identifier et de distinguer la vision plus traditionnelle du droit d'une vision renouvelée, soit éthiciée. De plus, nous souhaitons identifier la conception de l'éthique mobilisée : s'agit-il d'une conception principiste ou réflexive ? Nous avons donc formulé des critères qui nous rendent aptes à répondre à cette question. Notre grille est construite de sorte qu'elle propose une évaluation qualitative de ces diverses expressions du droit. Avant d'introduire l'ensemble de notre grille, précisons quelque peu l'évolution du modèle traditionnel du droit ainsi que les divers critères de notre grille que nous avons formulés à la lumière de celle-ci.

Depuis le début de la Modernité, le droit régule les comportements en contrôlant et distinguant entre ce qui est permis, et ce qui est interdit. La force coercitive du droit, et son efficacité, se traduisait alors par sa capacité à assujettir les justiciables¹⁹ à un ensemble de règles juridiques prédéterminées. Ces règles juridiques régissaient la conduite des personnes en société, les rapports sociaux et économiques, et prévoyaient des sanctions en cas de manquement. D'une manière assez classique, les normes en droit présentaient un caractère obligatoire. Dans un premier temps et afin de refléter cette vision, nous avons formulé trois critères qui nous permettent d'identifier ce premier état du droit: 1) l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, 2) le caractère prescriptif de la norme juridique et 3) le caractère coercitif et punitif de la norme juridique. Le premier pôle de notre grille permet donc de déceler cette expression plus traditionnelle du droit.

Le deuxième pôle de notre grille permet d'identifier une « expression éthiciisée » du droit. Tel que nous l'avons vu, la conception classique ou traditionnelle du droit est aujourd'hui ébranlée et remise en question par plusieurs. Et dans les faits, on observe effectivement une transformation de la force normative du droit (Thibierge, 2009). Plusieurs affirment que le droit est en crise (Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Legault 2002-03; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Habermas, 1978 et 1997; Issalys, 1992 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000). En réponse à celle-ci, il demeure que le droit intègre de plus en plus l'éthique et met ses destinataires à contribution dans sa mise en application. Par conséquent, il est dorénavant possible de discerner divers degrés, voire diverses natures de force, de l'impératif à l'incitatif, de l'obligatoire à l'inspiratoire (Thibierge, 2009). C'est ainsi que d'une posture autoritaire et contraignante, le droit devient parfois plus réflexif et souple. Face à ce constat, nous avons formulé trois autres critères qui nous permettaient d'identifier une vision plus traditionnelle du droit. Ces trois derniers critères font ressortir cette évolution du droit. Il s'agit de : 1) la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux

¹⁹ Rappelons que dans la logique traditionnelle, les destinataires de la norme étaient plutôt désignés par le terme justiciable.

destinataires de la norme juridique, 2) un mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle et 3) la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques.

Avec ces six critères, notre grille permet d'apprécier les grandes orientations actuelles du droit afin de nous aider à déterminer si une loi éthique s'offre davantage sous une forme classique ou éthiciisée. Dans le premier cas, on se retrouve devant l'expression autoritaire du droit, la norme présente un caractère prescriptif et coercitif, jumelé à une dimension punitive. Dans le second cas, nous avons deux visions éthiciisées du droit selon l'un des pôles suivants: une approche principiste ou une approche réflexive. Au total, notre grille permet d'identifier trois orientations, réparties comme suit: le droit dans sa forme classique, le droit éthiciisé selon l'approche principiste et enfin, le droit éthiciisé selon l'approche réflexive.

Précisons que nous avons choisi de distinguer la forme classique du droit de l'approche principiste. Ceci s'explique assez aisément. En effet, ces conceptions ne sauraient être équivalentes. Traditionnellement, l'interprétation du droit ne faisait pas référence à des principes externes. D'ailleurs, les positivistes se sont farouchement opposés à cette idée. Selon eux, le droit est constitué de normes juridiques émanant d'une autorité reconnue. Ces normes sont autonomes des autres disciplines et fondées en droit, il s'agit de la définition même du positivisme juridique (Oppetit, 1999, p. 58). En droit, le positivisme est la position dominante depuis le XIXe siècle. Contrairement à cette vision, les travaux de Dworkin, cités précédemment, ont mis en lumière l'appel du droit aux principes, essentiellement par la fonction interprétative du juge. Il y a donc ici un changement de paradigme: dans le premier cas, le droit constitue une discipline autonome (le droit est même qualifié de science (Gény, 1919)) et dans l'autre cas, on interprète le droit par l'appel à des principes (Dworkin, 1986). Notre grille reflète ces distinctions. Ainsi, elle comporte trois conceptions distinctes du droit: la première, fondée sur le positivisme juridique (Oppetit, 1999, p. 58), vision plus classique et dominante en droit depuis le début du 20^e siècle, la seconde, fondée sur l'approche principiste et la troisième, ancrée dans une perspective d'éthique réflexive. Pour sa part, l'éthicisation du droit dans une perspective réflexive prévoit une véritable autonomie aux destinataires de la norme et

leur réserve la possibilité de mettre en œuvre une pratique réflexive. L'ensemble de nos critères ont donc été construits afin d'envisager à laquelle des trois visions suivantes une transformation du droit s'apparente : 1) à une vision plus positiviste, étatique, autoritaire et impérative, donc une vision du droit plus traditionnelle, 2) à une vision plus pondérée, soit l'approche principiste, ou 3) enfin, à une vision plus souple et réflexive, soit l'approche réflexive. En ce sens, notre grille d'analyse cerne l'évolution du modèle traditionnel du droit vers un modèle plus éthique et plus réflexif.

Qui plus est, en faisant ressortir diverses manières de concevoir le droit, notre grille fournit des repères épistémologiques qui lèvent le voile sur les brouillages juridiques et éthiques dénoncés par certains auteurs. En effet, tel que nous le démontrons, le besoin de clarification de l'actuelle éthicisation du droit se fait sentir, tant du point de vue juridique qu'éthique. Ainsi, les transformations du droit ont engendré une confusion épistémologique et c'est pour tenter de mieux comprendre cette confusion, et d'en démontrer l'ampleur, au Québec, que nous reproduirons les principales critiques quant aux brouillages juridiques et éthiques que suscitent les transformations du droit.

Par ailleurs, pour les fins de notre thèse, nous circonscribons notre étude des lois éthiques au corpus québécois : l'échantillon des lois éthiques que nous étudierons au chapitre 3 provient exclusivement du législateur québécois. Ceci s'explique simplement. La littérature que nous mobilisons repose en grande partie sur les écrits des auteurs québécois qui s'attardent aux transformations du droit. Nous faisons le choix d'analyser des lois québécoises afin de pouvoir tirer des conclusions cohérentes et crédibles, à la lumière de ces écrits québécois sur lesquels nous nous appuyons. Ainsi, notre délimitation de notre échantillon aux lois éthiques québécoises nous permettra d'avoir des résultats plus fiables et de véritablement observer les diverses tendances d'éthicisation du droit, au Québec.

À terme, nous estimons que notre grille contribuera à formuler des repères afin de dissiper quelque peu les brouillages actuels étayés dans la littérature québécoise, en droit et en philosophie, tout en permettant de voir si une loi et éventuellement, tout autre

transformation récente du droit, s'apparente plutôt à la vision traditionnelle du droit, autoritaire et rigide, ou à une expression plus souple du droit, et de comprendre quelle conception de l'éthique est mobilisée. C'est ainsi que d'autres chercheurs pourront subséquemment à leur tour déployer des outils d'analyse complémentaires ou alternatifs, afin de cerner l'éthicisation du droit ou encore appliquer notre grille à d'autres transformations du droit. Soulignons-le, à l'heure actuelle, aucun auteur ne s'est affairé à construire une grille d'analyse sur le phénomène d'éthicisation du droit, bien que plusieurs auteurs ont publié sur l'arrière-plan épistémologique des transformations du droit et ont, par conséquent, nourri notre recherche (par exemple : Lenoble, 2006 et 2007 ; Lenoble et Maesschalck, 2009, 2011a et 2011b ; Dworkin, 1977 et 1986).

2.2 Brouillages juridiques

Débutons par les brouillages juridiques. Ces brouillages ont été particulièrement documentés lorsque les auteurs ont constaté les diverses transformations du droit. Depuis, leurs pensées ont cheminé. Cela dit, puisque nous nous attardons à retracer les transformations du droit ainsi que les défis qu'elles posent, ces remarques et craintes s'avèrent pertinentes. C'est pourquoi nous les retraçons succinctement. Tout d'abord, des auteurs tels Goyard-Fabre et Sève (1986), Issalys (1992), Mockle (2007), ainsi qu'Ost et Van de Kerchove (2002) ont dénoncé la confusion actuelle relativement à la redéfinition du droit. En introduction, nous avons résumé les propos des auteurs Goyard-Fabre et Sève (1986). Revenons-y brièvement. Sommairement, pour Goyard-Fabre et Sève, la pluralité actuelle du droit rend difficile la définition du droit (Goyard-Fabre et Sève 1986, p. 10). Les auteurs réfèrent à l'« univers intellectuel brouillé de notre temps » (Goyard-Fabre, 2002, p. 19). À ces propos, ajoutons ceux d'Ost et Van de Kerchove (2002, p. 13). En reprenant le cadre conceptuel de Kuhn, ces auteurs affirment que le droit prend d'autres formes. Ils admettent que le droit n'ait jamais véritablement pris une forme unique dans un paradigme incontestable, mais que tout de même, le « modèle hiérarchique » du droit²⁰ (fondé sur l'autorité pyramidale du droit) s'essouffle. Nous sommes, selon leurs dires,

²⁰ Nous avons pour notre part référé à l'expression modèle traditionnel du droit.

dans une période de crise, caractéristique de la transition d'un paradigme à un autre (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 14). La thèse principale qu'ils soutiennent est que le droit se définit désormais sous forme de réseau (l'État cesse donc d'être le foyer de la souveraineté). Le droit émerge donc sous un nouveau paradigme, le droit réseau, bien que les résidus du premier paradigme (droit pyramidal) laissent encore quelques vestiges, ce qui complexifie la situation actuelle et accentue la crise. À leur tour, ces auteurs posent le constat suivant : les frontières du droit se brouillent (Ost et Van de Kerchove, 2002, p. 13).

De plus, selon Issalys (1992), la conception positiviste dominante est désormais confrontée à la critique marxiste et radicale, à la critique néolibérale et à la critique féministe. Face à ces critiques, Issalys indique deux cheminements du devenir de la loi dans le droit québécois :

[...] l'un impliquant le « décentrage » du droit, le déplacement de son centre de la loi vers un nombre limité de principes et notions flous, l'autre supposant un « recentrage » du droit sur la loi, celle-ci voyant son champ matériel refluer mais sa charge symbolique être réactivée, notamment par un renforcement de la participation civique à son élaboration [le soulignement est de nous] (Issalys, 1992, p. 665).

À l'instar d'auteurs cités précédemment, Issalys constate l'inflation réglementaire, ainsi que l'augmentation de la portée des pouvoirs discrétionnaires confiés à l'administration publique (Issalys, 1992, p. 666). Afin d'arriver à ces conclusions, il s'en remet essentiellement à deux auteurs, Dworkin et Habermas. Il aborde la « mixité » du droit québécois et cherche à comprendre les orientations des transformations du droit. Il insiste sur la nécessité de repenser la nature et le rôle des lois, dans le contexte de « crise de la loi ». Cette crise engendre de surcroît son lot d'incertitudes et de complexités. En réponse à ses observations, dès 1992, il envisageait le « décentrage du droit », soit ni plus ni moins que l'émergence du droit souple. Selon lui, c'est cette avenue qu'il faut réfléchir pour pallier aux insuffisances du modèle traditionnel dominant.

Plus récemment, Issalys a présenté le droit des institutions administratives dans la perspective de l'action gouvernementale, c'est-à-dire par l'analyse des formes et moyens

juridiques dont dispose l'administration publique pour mettre en oeuvre les lois et les autres décisions des dirigeants politiques (Issalys et Lemieux, 2009). Dans *L'Action gouvernementale*, 3^e édition, il analyse le cadre juridique des processus d'élaboration, d'adoption, de mise en oeuvre et de contrôle non judiciaire des divers types d'actes de l'administration publique (règlements, directives, décisions individualisées relatives à un prélèvement, une prestation ou une autorisation, engagements financiers, contrats et subventions). Il s'intéresse au rôle et au statut juridique des différents décideurs et intervenants administratifs québécois et fédéraux dans ces processus, en s'attardant tout particulièrement à la notion de pouvoir discrétionnaire. Ce faisant, il exprime une vision dynamique du droit administratif, détournant délibérément l'attention des thèmes classiques du contentieux administratif en abordant ceux du droit souple (Issalys et Lemieux, 2009).

Enfin, Mockle a analysé également la reformulation du droit. Il le fait essentiellement en droit administratif et en droit public, qui constituent ses domaines d'expertise. Mockle est un tenant des thèses positivistes et tente d'aborder les récentes transformations du droit selon les catégories classiques de ce dernier. Or, tel qu'il le constate, celles-ci s'inscrivent dans de nouveaux paradigmes et ne cadrent pas avec les catégories classiques du droit (Mockle, 2002 et 2007). Dans une publication plus récente, Mockle (2013) poursuit ses réflexions pour discuter des principes issus de la nouvelle gestion publique. Il constate que l'efficacité, l'efficience, la transparence, la responsabilité et l'imputabilité sont utilisées par le législateur afin de revoir sur une base plus contemporaine le fonctionnement des organisations publiques. Mockle analyse l'intégration par le droit public de ces principes (2013). Selon lui, cette intégration montre une transformation du contexte social et politique qui dépasse les dimensions propres à la gestion et au management. Ainsi, Mockle a plus récemment documenté la progression de l'efficacité en droit processuel, ainsi que le contexte du nouveau « management de la justice » (2013). Selon l'auteur, l'efficacité n'est pas un principe reconnu par le droit judiciaire, mais apparaît à tout le moins comme un élément structurant des réflexions contemporaines sur la justice, à l'instar de l'accessibilité.

Soulignons que le constat formulé par Mockle au début des années 2000 avait été formulé précédemment par Carbonnier, juriste et sociologue. Ce dernier avait affirmé en effet que : « La flexibilité est peut-être affaire de moment et de contexte : les adultes savent bien qu'il n'est qu'un temps pour jouer ; bientôt [advieront] les dures obligations inhérentes aux métiers du droit positif » (Carbonnier, 2002, p. 38). Tel que Mekki le remarque, Carbonnier « semble suggérer par ces mots que le droit dur est le seul à devoir être pris au sérieux. Il est l'incarnation du droit mûr » (Mekki, 2009, p. 1). Mekki, pour sa part, rejette la position de Carbonnier. Le droit souple qu'il s'emploie à qualifier est un « vrai droit » et un « bon droit » (Mekki, 2009). Qui plus est, le droit n'est pas souple ou dur : il est l'un et l'autre (Mekki, 2009, p.1). Bref, Mekki propose une vision du droit souple pleinement intégrée au droit.

À ce sujet, Mockle souligne un problème de taille : le « dédoublement progressif de la fonction normative entre un champ proprement juridique et un autre qui ne peut se définir que par défaut (actes non-réglementaires ou non-droit) » (Mockle, 2007, p. 110). Contrairement à Mekki (2009), Mockle considère par conséquent les mécanismes et nouveaux dispositifs du droit public comme appartenant à cette sphère du « non-droit » qui, nous le verrons plus loin, conditionne l'action gouvernementale et administrative. Inversement à la position soutenue par d'autres auteurs, tels Dermange et Flachon (2002a), Legault (2001a, 2001c, 2011a) et Lalonde (2003a), Mockle réfère à ce phénomène non pas en termes d'éthicisation du droit, mais en termes d'un droit de la gouvernance qui se confond avec le management public. Il convient par ailleurs de préciser à ce sujet qu'il s'agit, selon Mockle, d'un « droit de la gouvernance non pas conçu comme une alternative globale au droit traditionnel, mais davantage comme un modèle supplétif » (Mockle, 2007, p. 35). Mockle creuse davantage cette réflexion au troisième chapitre de son ouvrage *La gouvernance, le droit et l'État*, qui porte d'ailleurs comme titre la question suivante : « Gouvernance et droit : vers un nouveau paradigme ? » (Mockle, 2007).

Face à la situation actuelle qui relève de la mutation du droit, l'auteur propose de recomposer le droit administratif autour d'un droit de la gouvernance. Pour lui, « entre les

formes traditionnelles de l'action publique et des stratégies d'évincement du droit par des solutions de rechange, la gouvernance contemporaine traduit l'affirmation d'un nouveau paradigme » (Mockle, 2007, p. 180). Rappelons de nouveau que les propos de Mockle se limitent à son domaine d'expertise, soit le droit administratif et le droit constitutionnel. Par leur entremise, il en vient à redéfinir un droit qui comporte de nouveaux procédés et conditionne l'action publique : « Inclassables, défiant les catégories officielles de l'orthodoxie positiviste, les nouveaux procédés traduisent une recomposition des éléments de forme et de fond qui conditionnent l'action gouvernementale et administrative » (Mockle, 2007, p. 149). Selon Mockle, la mutation du droit « n'échappe pas totalement au droit » (cité par Menétrey, 2007, p. 347). Il affirme à ce sujet que le brouillage actuel demeure « un mal nécessaire ou le cas échéant inévitable ».

D'autres restent toutefois sceptiques face aux efforts de Mockle pour revoir la définition du droit et soutiennent que « l'effort de réinsertion des nouveaux mécanismes de régulation dans la théorie des normes auquel se livre Daniel Mockle s'avère impossible » (Menétrey, 2007, p. 346). Nous voyons que les positions peuvent varier, mais qu'elles illustrent les défis que posent les transformations du droit du point de vue des catégories actuelles du droit. En ses propres termes, Mockle précise que la « notion de justiciabilité au sens de contrôle judiciaire apporte plus de réponses que celle de juridicité sans résoudre toutefois le dilemme de l'exclusion ou de l'inclusion des catégories du droit » (Menétrey, 2007, p. 346).

Au terme de ses réflexions, Mockle laisse entrevoir, en guise de solution, l'émergence d'une configuration novatrice : celle de « gouverner sans le droit par de nouveaux mécanismes qui échappent en partie ou en totalité aux catégories connues de l'orthodoxie positiviste, mais, paradoxe absolu, grâce au droit, qui institue, crée et amplifie ces nouveaux modes d'intervention » (cité par Benyekhlef, 2008 p. 31). Serait-ce un appel à l'éthicisation du droit ? Mockle demeure silencieux à cet égard. Il envisage certes des modes alternatifs au droit afin d'offrir une solution de rechange à la régulation classique (Mockle, 2002, p. 147), mais sans nommer ce phénomène ou fournir plus de détails. Il se rabat sur le droit de la gouvernance et le management public. Ses travaux plus récents

laissent envisager l'usage des principes issus de la nouvelle gestion publique par les législateurs (2013). Aussi, ses écrits précédents (2002 et 2007) l'avaient mené à qualifier la mutation du droit non plus comme du droit, au sens classique, mais comme un substitut au droit. Nous reviendrons sur la question de la subsidiarité des nouveaux mécanismes de régulation, particulièrement ceux qui comportent une composante éthique, au dernier chapitre de cette thèse. Pour l'heure, retenons que Mockle considère ces mécanismes plutôt comme une solution de rechange, une alternative, au droit, et que cette alternative se trouve à l'extérieur de celui-ci (Mockle, 2002).

D'autres auteurs ne partagent pas ce point de vue et observent non pas une incompatibilité, mais une continuité entre le droit dur, les catégories traditionnelles, et les récentes transformations du droit. À leurs yeux, cette continuité permettrait notamment de répondre à l'inflation et la complexité normative actuelle, exposées dans l'introduction de la présente thèse. Ainsi, le Conseil d'État et la juridiction administrative recommandaient très récemment de « doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple pour contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation » (Conseil d'État, 2013). À ce sujet, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, a énoncé qu' :

[...] il n'existe aucune contradiction entre la reconnaissance du droit souple ainsi que son expansion et une meilleure qualité du droit. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités, le droit souple contribue à oxygéner notre ordre juridique. Par un emploi raisonné, il peut pleinement contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation (Conseil d'État, 2013).

La question du rapport droit/éthique est des plus capitales et c'est pourquoi nous y reviendrons de manière plus exhaustive, au chapitre 4, lors de l'analyse de nos résultats. À ce stade, nous poursuivons notre enquête sur la confusion relative à l'éthicisation du droit, en abordant les brouillages éthiques.

2.3 Brouillages éthiques

Les difficultés relevées quant aux brouillages juridiques qu'impliquent les transformations du droit trouvent écho chez les philosophes. En effet, de ce côté également, d'aucuns soulèvent des difficultés relatives aux transformations du droit ; plus précisément, du point de vue de l'éthique. À cet effet, nous avons déjà étayé sommairement, au chapitre 1, les remarques de Bégin (2009 et 2011b). Nous y revenons. Telle qu'elle se présente dans les lois éthiques, l'éthicisation du droit mobilise des composantes associées à des courants de pensée variés en éthique, parfois même incompatibles entre eux (Bégin, 2009 et 2011b). Or, une telle situation provoque une confusion : le rapprochement entre l'éthique et le droit, sous différentes conceptions de l'éthique, engendre une certaine perplexité et un inconfort.

Bégin illustre dans ses écrits que le droit québécois, plus particulièrement, le droit municipal, oscille dans sa reformulation entre une conception parfois plus déontologique, parfois plus réflexive de l'éthique (Bégin, 2011b). Ceci engendre, à son avis, une confusion ainsi qu'un certain nombre de problèmes. Au sujet du monde municipal au Québec, il remarque que la mise en place de nouvelles règles de conduite, d'obligations et de prescriptions, sous l'appellation de l'éthique s'avère difficile, voire incompatible, d'un point de vue philosophique. Selon le chercheur, ces règles, accompagnées de sanctions, s'apparentent à la déontologie, mais sont pourtant présentées comme relevant de l'éthique. Leur respect est impératif, ce qui demeure incompatible avec les visées non contraignantes d'une éthique réflexive (Bégin, 2009 et 2011b).

Nous l'avons vu, la déontologie, selon certains, constitue un mode de régulation indépendant de l'éthique (Boisvert, 2003 ; Bégin, 2009 et 2011b ; Lacroix 2011). Suivant la typologie des modes de régulation proposée par Boisvert (2003), Bégin affirme que l'impératif et la sanction sont « le propre de la déontologie, non pas de l'éthique, comme cela est pourtant largement véhiculé par ces mêmes médias et politiciens » (Bégin, 2009, p. 187). Ainsi, pour certains, éthique et déontologie appartiennent à des univers distincts et ne sauraient être utilisés comme synonymes. Or, la reformulation du droit ne semble

pas tenir compte de cette distinction puisqu'elle mobilise des composantes déontologiques en référant expressément à l'éthique. C'est essentiellement cette situation qui engendre une confusion, avec à la clé un brouillage entre diverses approches en éthique, pour Bégin (2009 et 2011b).

Bégin souligne d'ailleurs que l'éthique se distingue de la déontologie en cela qu'elle valorise une « autorégulation responsable des individus et l'exercice par ces derniers d'une réflexion et d'un jugement autonomes et critiques » tandis que « la déontologie se rapproche en effet du modèle juridique des codifications énonçant des règles contraignantes et mettant en place des mécanismes d'enquête et de sanction » (2009, p. 187). Bégin remarque en ce sens que la mention dans les médias de « manquements à l'éthique » est habituellement équivalente à des manquements à des devoirs qui sont ou devraient être imposés aux élus et aux fonctionnaires par des dispositions législatives ou un code de conduite contraignant (Bégin, 2009, p. 187).

C'est dans cette perspective que Bégin invite le législateur à faire preuve de prudence afin de mieux délimiter les champs respectifs de l'éthique, de la déontologie et du droit (Bégin, 2011b). Les propos de Bégin nous mettent en garde contre l'inclusion de l'éthique dans les discours déontologie et juridique, ce que d'autres ont qualifié de « juridicisation » de l'éthique (Dermange et Flachon, 2002). En ses termes, le danger est que l'« (...) on réduit par là l'éthique à la déontologie » et que « si la préoccupation initiale est d'ordre éthique, les mécanismes envisagés ne relèvent pas, eux, de l'éthique » (Bégin, 2009, p. 187).

Nous savons toutefois qu'en philosophie, la définition du terme éthique ne fait pas l'unanimité car selon les auteurs et les courants de pensée, l'éthique prend diverses significations, parfois compatibles, parfois incompatibles. À la défense du législateur, peut-être pouvons-nous rappeler que certains philosophes considèrent l'éthique comme synonyme de la morale ou de la déontologie, tel qu'exposé au chapitre 1. Par exemple, Billier (2010) ainsi qu'Ogien et Tappolet (2008) présentent un des courants en éthique comme étant le déontologisme. Pour sa part, Terré (2007) considère la morale comme synonyme d'éthique.

Bref, de nouveau, nous sommes ici à même de constater une division et une opposition entre les définitions de l'éthique formulées par les auteurs. D'une part, d'aucuns soutiennent qu'il y a une équivalence conceptuelle entre éthique et morale (Billier, 2010, p. 11 ; Terré, 2007) et considèrent la déontologie comme un courant valable en éthique (Ogien et Tappolet, 2008). D'autre part, Bégin, à l'instar d'autres philosophes, envisagent et formulent une éthique plus réflexive, axée sur les valeurs et l'autonomie des personnes (Bégin, 2009 ; Lacroix, 2008 et 2011 ; Legault, 2002-03, 2005 et 2011 ; Malherbe, 2007 ; Ricoeur, 2004). Cette deuxième définition²¹ s'appuie sur la notion de réflexivité évoquée au chapitre 1 (Beck, 1986 ; Beck, Giddens et Lash, 1994 ; Giddens, 1987 et 1994 ; Dubet et Martuccelli, 1998). Cette divergence de vue chez les experts peut sans doute expliquer la « méprise » du législateur lorsqu'il désigne la déontologie par l'entremise de l'éthique, tel que le dénonce Bégin (2009 et 2011b).

En somme, comme nous venons de le démontrer, la confusion ou les brouillages qu'entraînent les récentes transformations du droit s'apprécient tant au niveau du droit qu'au niveau de l'éthique. En droit, les auteurs Goyard-Fabre et Sève (1986), Issalys (1992), Mockle (2007), ainsi qu'Ost et Van de Kerchove (2002) dénoncent la confusion actuelle qu'ils observent étant donné l'actuelle redéfinition du droit. De plus, les transformations du droit créent une confusion de nature philosophique, tels qu'en témoignent notamment les écrits de Bégin (2009 et 2011b). Pour les tenants d'une définition de l'éthique qui l'associe à la réflexion et au dialogue, l'appel du droit à des composantes plus déontologiques, sous le couvert de l'éthique, provoque un malaise. Ceci s'observe plus particulièrement avec l'une des transformations du droit les plus actuelles, soit les lois éthiques.

²¹ Soulignons également que d'autres chercheurs de disciplines connexes adoptent également cette posture dans leurs travaux portant sur l'éthique, parmi lesquels nous retrouvons le politologue Boisvert (2003) et le sociologue Rocher (1989).

2.4 Les lois éthiques

Nous avons déjà introduit le concept de loi éthique en introduction. Ainsi, ces lois réfèrent explicitement ou implicitement à l'éthique et laissent une autonomie plus ou moins importante aux destinataires de la norme dans l'interprétation, la construction ou la mise à l'œuvre de la norme. Ces lois comportent bien souvent dans leur libellé même, un appel à l'éthique, et ce, même si dans leur contenu, il s'agit parfois plutôt d'un appel à la déontologie ou aux principes moraux, tel que le remarque Bégin (2009 et 2011b). Parfois, ces lois en appellent également directement aux valeurs, aux principes ou encore, portent sur des sujets très sensibles, d'ordre moral et éthique, qui les placent sous la catégorie de lois éthiques (exemple : soins de fin de vie). Bref, les lois éthiques prennent diverses formes.

Les lois éthiques suscitent notre attention en raison de leur augmentation, de leur caractère novateur ainsi que des défis épistémologiques qu'elles soulèvent dans un contexte bien particulier où le législateur québécois s'est « engagé par voie législative dans un certain nombre d'« encadrements légaux de l'éthique » des agents publics » (Bégin, 2010). Rappelons que pour les chercheurs, les lois éthiques constituent une réponse à la donne sociale actuelle qui évolue et se redéfinit sans cesse, ainsi qu'à la crise du droit (Bégin, 2009 et 2011b ; Lacroix, 2011 ; Legault, 2002-03). Dès 2010, un colloque « Faire des lois sur l'éthique »²², organisé par l'IDÉA, sous la direction de Luc Bégin, dans le cadre du Congrès de l'Acfas (Association canadienne-française pour l'avancement des sciences) et tenu les 11 et 12 mai 2010, à l'Université de Montréal, démontrait d'ailleurs tout l'intérêt de ce phénomène en ces termes:

Alors que le Québec s'est engagé par voie législative dans un certain nombre d'« encadrements légaux de l'éthique » des agents publics, il apparaît essentiel de susciter une réflexion ainsi que des échanges rigoureux sur la signification et sur les conséquences probables de telles interventions. Que signifie cette cohabitation de l'éthique et de la déontologie dans ces projets de loi ? Peut-on vraiment prétendre encadrer légalement l'éthique des agents publics ? Comment les juristes perçoivent-ils la régulation juridique en ce domaine ? (Bégin, 2010).

²² Ce colloque a donné lieu à une publication dans la revue *Éthique publique*, en 2011, sur le même thème.

C'est dans cette perspective que nous avons cherché des outils de classification afin d'apprécier l'éthicisation du droit et de mieux situer ses ancrages épistémologiques. À cette fin, nous avons retenu deux pôles pour qualifier les lois éthiques: un pôle réflexif et un pôle principiste. Ainsi, croyons-nous, nous serons à même de mieux éclairer ce phénomène. Pour bien articuler ces pôles et les situer parmi les théories philosophiques existantes, nous souhaitons maintenant approfondir notre démonstration justifiant le recoupement entre l'approche principiste et la déontologie.

2.5 Le recoupement de l'approche principiste et de la déontologie

Nous avons déjà défini la déontologie au chapitre 1. Nous avons alors brièvement expliqué notre choix d'associer déontologie et principisme, pour former une approche unique dans l'étude du phénomène d'éthicisation du droit. Nous revenons ici sur cette démonstration afin d'expliquer plus minutieusement et pleinement les motifs de notre choix. Nous procéderons en trois temps. D'abord, par un retour sur la définition de la déontologie, notamment à l'aide des écrits de Kant, puis sur celle de l'approche principiste, à l'aide de la littérature en bioéthique et enfin, à l'aide d'un exposé des motifs expliquant notre choix d'associer ces deux courants sous une seule approche. Débutons par la définition de la déontologie.

De manière générale, la déontologie est la théorie éthique qui affirme que chaque action humaine doit être jugée selon sa conformité ou sa non-conformité à certains devoirs. Dit autrement, la déontologie est un acte de juger en fonction du bien ou du mal, du bon ou du mauvais comportement selon le respect de certains devoirs, normes ou obligations. Pour Jobin, la tâche de la déontologie est de « dire ou produire la norme » (Jobin, 2002, pp. 19-20). Par ailleurs, la déontologie demeure bien souvent largement associée à la philosophie de Kant, et plus particulièrement à son concept d'impératif catégorique (1985), fondés sur la raison. Pour Kant, c'est l'agir par devoir qui est moral et non pas l'agir en conformité au devoir.

Chez Kant, les impératifs sont dits « catégoriques », c'est-à-dire qu'ils commandent sans aucune condition : il faut le faire et s'y conformer. Le devoir qu'ils comportent n'a pas de contenu fixe mais seulement une forme : il est universalisable. Ce qui est juste pour l'un doit être juste pour tous. Évoquons à cet égard la première formulation de l'impératif catégorique²³ : « Agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu puisses vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle » (Kant, 1985, p. 137). Cet impératif exige de toute personne qu'elle considère et décide d'une action en fonction de son caractère universalisable. Ainsi, les impératifs catégoriques signifient avant tout que ceux-ci sont universels : ils s'appliquent à toute personne, sans exception, et peu importe les désirs, les préférences ou les croyances individuelles.

À la lumière de ce premier impératif, nous voyons poindre le lien indéniable entre les impératifs kantien et la morale : le bien, déterminé par le respect des impératifs catégoriques ou un précepte moral, s'impose à l'individu, puisqu'ils constituent des devoirs. Dans ce contexte, Kant ne s'interroge pas sur une morale, mais sur les conditions d'une action morale, d'où la formulation d'impératifs catégoriques : un acte moral doit être désintéressé et uniquement accompli par devoir. Plus précisément, pour Kant (1985), rappelons-le, c'est l'agir par devoir qui est moral, et non l'agir en conformité au devoir. L'impératif catégorique de Kant constitue l'accomplissement du devoir, ainsi l'action juste est inexorablement gratuite et désintéressée. Une action s'impose comme un impératif catégorique lorsqu'elle constitue un devoir et n'est donc pas accomplie pour une autre fin (respect du devoir). Les propos de Kant nous permettent de comprendre le caractère plus rigide, impératif et coercitif des devoirs qu'impose la déontologie. Ils nous permettent également de nous faire une bonne représentation du rôle imparti au droit pendant la Modernité, le respect des obligations, des devoirs, devenant la condition *sine qua non* de la vie morale. Voyons quelque peu le principisme afin de dresser les ponts entre celui-ci et la déontologie.

²³ Au total, Kant formule et défend trois impératifs catégoriques. Ceux-ci peuvent prendre diverses formulations.

De son côté, le principisme demeure attribuable à l'approche initiée par Beauchamp et Childress (2008), dans le domaine de la bioéthique comme nous l'avons vu au premier chapitre. Selon ces auteurs, il s'agit de partir d'un ensemble de principes normatifs afin de déterminer l'action à poser. Il existe désormais une grande diversité de courants de pensée à l'intérieur du principisme. L'approche la plus connue est certainement celle développée par Beauchamp et Childress. L'utilisation des quatre principes identifiés par ces derniers (Beauchamp et Childress, 2008) associe les approches conséquentialistes et déontologiques, plus particulièrement, en référence à l'approche de Kant. Il y a donc à l'origine même du principisme une grande proximité avec la déontologie, un souci de se conformer à un principe, une norme, un impératif.

Qui plus est, les quatre principes que Beauchamp et Childress identifient doivent composer avec les règles morales dérivées de type substantif (souvent à teneur déontologique, telle que par exemple, dire la vérité), autoritaire (par exemple, qui détient l'autorité pour décider) et procédurale (par exemple, devoir établir des priorités) (cité dans Massé, 2002, p. 113). De cela, on peut conclure au caractère résolument déontologique du principisme. Pour reprendre les termes de Beauchamp et Childress, les principes constituent des « généralisations qui guident l'action » (cité dans Massé, 2002, p. 113), tout comme la déontologie qui guide l'action et nous permet de distinguer entre ce qui est permis ou non, par l'entremise d'impératifs et de devoirs. Ces deux approches en éthique sont organisées selon une prédétermination de devoirs à respecter et d'actions à poser ou à éviter. Ainsi, le principisme et la déontologie s'appuient sur une série de normes, de devoirs, de principes ou d'impératifs, établis pour ordonner aux personnes d'agir dans un sens plutôt qu'un autre et pour les sanctionner lorsqu'elles dérogent à cet ordre.

Le socle commun du principisme et de la déontologie réside dans le fait qu'ils fournissent tous les deux des repères normatifs, c'est-à-dire des jugements de valeurs quant au bien et sa représentation formelle. Ces deux courants de pensée proposent des critères normatifs (principes ou impératifs) afin de proscrire et prescrire les comportements : ces approches déterminent les conditions de vie acceptables et non-acceptables, déterminent

le « doit » ou le « ne-doit-pas-faire » (Massé, 2002, p. 106). La rigidité jumelée à l'aspect prescriptif caractérisent ces approches en cela qu'elles prévoient l'application de principes ou d'impératifs afin d'atteindre le comportement conforme. Il y a donc non seulement une compatibilité entre ces approches, mais également une ressemblance conceptuelle.

Nous voyons là suffisamment d'arguments qui permettent d'associer ces deux courants afin de faire ressortir une dimension plus impérative et prescriptive de l'éthicisation du droit : le principisme et la déontologie incarnent une posture plus autoritaire, impérative et hétérorégulatoire des comportements. Certes, les destinataires possèdent une marge de manœuvre plus importante que sous le modèle traditionnel du droit, mais celle-ci demeure moindre que celle octroyée par l'éthique réflexive. C'est pourquoi nous les traiterons sous une seule approche, soit l'approche principiste, dans le cadre de cette thèse.

3 Construction de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit

Nous en sommes maintenant à détailler les six critères que nous avons retenus pour construire notre grille d'analyse. Ces critères ont été formulés à partir de nos recensions des écrits en droit, philosophie et sociologie. L'approche multidisciplinaire que nous avons privilégiée nous permet de cerner les diverses ramifications du phénomène d'éthicisation du droit, à l'aide de concepts en provenance de diverses disciplines. En fait, il aurait été insuffisant à notre avis de nous limiter à une seule discipline en raison de l'objet même de notre étude et de la nécessité qu'il implique d'avoir recours à la philosophie pour analyser conceptuellement ce phénomène, à la sociologie pour bien cerner l'ancrage sociologique de l'éthique et au droit, pour comprendre, bien que partiellement, les lois éthiques, d'un point de vue juridique.

Pour le dévoilement de nos critères, nous procéderons de manière systématique. Nous expliquerons d'abord ce que signifie chacun de ces critères, puis nous expliquerons leur pertinence, à partir de la littérature. Enfin, nous qualifierons la mise en œuvre de chacun

de ces critères. Soulignons de manière générale que repérer l'approche principiste nous semble plus aisé de par les affinités épistémologiques qu'il y a entre droit, déontologie et principisme, tel qu'expliqué à la section précédente. Quant à l'approche réflexive, elle demeure, nous semble-t-il, plus difficile à déceler. En effet, il faut s'assurer de la réelle autonomie et réflexivité laissée aux destinataires de la norme. Qui plus est, la tendance de passer (ou repasser) à un mode de gouvernance fondé sur le *command and control* en droit demeure forte (Bégin 2009 et 2011b; Legault, 2002-03) malgré l'élaboration d'outils réflexifs. Ceci s'explique aisément à la lumière de la tradition juridique qui prescrit et sanctionne les comportements, depuis la Modernité. Aussi, faut-il faire preuve d'une grande vigilance afin de véritablement laisser aux destinataires de la norme la liberté et l'autonomie requises pour permettre la mise en œuvre d'une réelle pratique ou comportement réflexif. Voyons donc les détails des six critères retenus, suivi de la présentation de notre grille critériée.

3.1 Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes

Définition :

Ce premier critère consiste à se demander si la norme juridique repose sur certains principes (par exemple : est-elle justifiée par des principes moraux, politiques, culturels ou autre(s) ?). Dans l'affirmative, il faut alors déterminer s'il y a une obligation d'adhérer à la norme au nom de ceux-ci. En d'autres termes, la norme est-elle justifiée par des principes imposés aux destinataires ?

Explication et justification :

Ce premier critère nous vient directement du principisme. Nous avons déjà discuté à quelques reprises de l'approche principiste dans le cadre de la présente thèse, et venons d'en démontrer la proximité avec la déontologie. Rappelons-en néanmoins de nouveau les grandes lignes, afin de bien camper ce premier critère. Comme nous l'avons mentionné, l'approche principiste, en philosophie contemporaine, provient de la bioéthique et s'est

particulièrement développée à partir des années 1960. La bioéthique est le fruit de la réflexion des experts et de la communauté face aux transformations entourant la technoscience et la médecine moderne. Elle cherche à développer de meilleures pratiques et réfléchir aux enjeux éthiques que pose la science moderne, face au devenir de l'homme. L'approche « principiste » voit le jour formellement sous la plume de Beauchamp et Childress, dans le livre *Principles of Biomedical Ethics*. Néanmoins, l'appel aux principes n'est pas exclusif à l'approche principiste défendue en bioéthique.

Depuis longtemps, en philosophie du droit par exemple, on cherche à justifier les lois par l'évocation de principes. À l'époque de la Grèce Antique, Antigone implorait le pardon pour son frère au nom de principes moraux supérieurs, selon elle, à la lettre du droit. D'un point de vue plus contemporain, l'appel, voire l'exigence, à justifier une norme juridique au nom de certains principes, a été largement défendue par Dworkin, dont nous avons précédemment retracé les travaux et principales théories dans cette présente thèse. Dworkin défend des liens étroits entre droit, morale et politique (1977). Plus particulièrement, il défend dans *Law's empire* (Dworkin, 1986) que le juge, lorsqu'il tranche des cas difficiles, doit appuyer sa décision sur une interprétation de l'histoire du droit, à partir de sa communauté politique et de la moralité collective sous-jacente à l'évolution du droit. Dworkin adopte une posture qui s'associe au principiste: le juge, dans l'exercice de ses fonctions, se fonde sur des principes afin d'interpréter et d'appliquer les règles et trancher lors d'un litige.

Conformément aux propositions de Dworkin (1986), ce premier critère permet de voir si un principe soutient la lettre du droit (norme juridique) en guidant ou orientant son interprétation. Chez Dworkin, l'interprétation d'une norme « s'adresse à la politique dans son sens le plus large » (Dworkin, 1986, p. 449). Dans tous les cas, lorsque l'interprétation de la norme demeure orientée par des principes, ses destinataires jouissent d'une moins grande liberté.

Mise en œuvre:

Si l'on détermine que la norme juridique repose sur certains principes et que l'adhésion à ceux-ci est imposée (principes moraux, politiques, culturels ou autre(s)), alors il y a une forme modérée d'éthicisation du droit : celle-ci s'articule selon une approche principiste. Si, au contraire, la norme juridique ne repose pas sur certains principes, alors il s'agira soit d'une vision classique ou traditionnelle du droit (autoritaire, impératif, prescriptif, prohibitif, etc.) ou soit d'une vision plus réflexive (éthiciée). Il faudra dans les deux cas poursuivre le questionnement à l'aide des critères suivants.

3.2 Caractère prescriptif de la norme juridique

Définition :

Ce deuxième critère cherche à se demander si la norme juridique constitue une restriction, un commandement ou un ordre. Dans tous les cas, le contenu de la norme est imposé et sa mise en œuvre est impérative. Dit autrement, ce critère cherche à identifier un devoir, un ensemble de règles, imputé aux destinataires de la norme.

Explication et justification :

Pour bien illustrer ce critère, un détour par la philosophie du langage s'avère pertinent puisqu'il permet d'éclairer la nature prescriptive et performative du droit²⁴. Dans un article publié en 1990, Amselek revisite à ce sujet la théorie austinienne. Il précise que cette théorie s'est développée en réaction à certains excès de la philosophie analytique, plus particulièrement à ceux du néo-positivisme ou positivisme logique. Entre autres excès reprochés, figurait le fait que seuls les énoncés susceptibles d'être déclarés vrais ou faux à la suite d'une vérification expérimentale, donc, essentiellement les énoncés

²⁴ À ce sujet, selon Amselek : « La théorie des actes de langage (*speech acts theory*) constitue probablement l'un des outils dont a le plus besoin la philosophie du droit, et, plus généralement, la philosophie de l'éthique » (1990, p. 385).

scientifiques, étaient considérés dignes d'attention et sérieux. Par conséquent, les thèses des intervenants dans le champ de l'éthique et du droit, rappelle Amselek, étaient perçus « comme des énoncés dépourvus de sens, sans référent réel, relevant du droit, de la métaphysique ou, au mieux, de l'émotionnel » (Amselek, 1990, p. 386).

En réponse à cette situation, Austin cherche, selon sa propre expression, à développer une « phénoménologie linguistique », soit une investigation qui va au-delà de l'analyse du langage, et qui vise, à travers lui à atteindre des réalités, des faits ou des phénomènes (Amselek, 1990, p. 386, citant Austin, *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 130). Amselek s'appuie sur les travaux d'Austin pour approfondir et revisiter les théories sur le langage juridique.

Ainsi, de l'étude des jeux de langage, Amselek se livre à l'étude du contenu des actes juridiques. Dans le présent contexte, nous retenons quelques-uns de ses constats pouvant nous aider à cerner la nature prescriptive du discours juridique²⁵. À cet effet, il souligne que les actes juridiques contiennent deux séries d'informations particulièrement significatives afin de les qualifier de « performatifs explicites » : 1) « des informations sur la nature génétique de l'acte accompli par le « jurisdiseur », ou, ce qui revient au même, de la fonction exercée par lui » (Amselek, 1990, p. 399) et 2) « des informations sur la nature spécifique de l'acte accompli par le jurisdiseur ou, ce qui revient au même, de la fonction exercée par lui » (Amselek, 1990, p. 405). Au sujet de la première série d'informations, l'auteur précise que toutes les étiquettes (ordre, ordonnance, loi, décret, arrêté, instruction, directive, etc.) sont éclairantes quant à la nature de l'acte : il s'agit d'un acte d'autorité, de commandement, de direction de conduite, par l'entremise duquel le législateur veut diriger la conduite des destinataires de la norme. Pour le dire simplement, le droit contraint (Rocher, 1996, p. 134). Au nombre des écrits portant sur ces thèmes, soulignons également la thèse de doctorat de Legault (1977) qui traite de la théorie des actes de langage et de la fonction performative du droit.

²⁵ L'auteur se livre à plusieurs réfutations et conceptualisations que nous ne reproduisons pas dans le présent contexte.

Pour revenir à Amselek, selon lui, les destinataires perçoivent l'intention transcendante du législateur et peuvent alors s'y conformer. Bref, « c'est ce que reconnaît au fond le célèbre aphorisme latin *jus est quod jussum est* : le droit, c'est ce qui a été ordonné, ce qui a fait l'objet- de la part des jurisdiseurs- d'un acte de commandement, de prescription de règles. Ou, comme disait Hobbes, *autoritas facit legem* » (Amselek, 1990, p. 400). Quant à la deuxième série d'informations, il s'agit de voir si les règles proviennent des autorités publiques. La fonction de gouvernement des peuples, de direction des conduites de ceux qui vivent en population (Amselek, 1990, p. 405). En somme, les travaux d'Amselek soulignent le caractère prescriptif des actes juridiques.

Mise en œuvre:

Ce deuxième critère nous invite à nous demander si la norme juridique constitue une restriction, un commandement ou un ordre. Plus la norme sera prescriptive, plus elle correspondra à la vision traditionnelle ou classique du droit. Moins la norme sera prescriptive, plus elle sera « éthiciée ». Autrement dit, plus le contenu, l'interprétation ou la mise en œuvre de la norme est imposé et impérative, plus elle sera associée à une vision traditionnelle ou classique du droit. Ce critère s'apprécie donc d'une manière graduelle.

3.3 Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Définition :

Ce troisième critère, le caractère coercitif et punitif de la norme juridique, s'apprécie par la mise en place de contraintes ou de balises, ainsi que la mise en œuvre de sanctions ou d'autres mesures limitatives, en cas de manquement ou d'échec au respect du devoir imposé. La coercition est l'action de contraindre quelqu'un à accomplir son devoir, à obéir à la loi. Ainsi, la coercition est l'action de contraindre, exercée sur quelqu'un, pour le forcer à agir ou à s'en abstenir, selon le cas.

Explication et justification :

En droit, la loi est une règle juridique qui est générale et impersonnelle. Elle s'applique également à ses destinataires. Source du droit, la loi est aujourd'hui typiquement prescrite par le parlement où siègent les représentants du peuple et qui détient le pouvoir législatif, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter les lois. De manière générale, nous dirons que la loi est impérative et contraignante: elle ordonne et impose le comportement. Traditionnellement, la force coercitive du droit était plus prononcée, de sorte qu'une dérogation comportait des sanctions, d'où la dimension punitive associée au droit.

Aujourd'hui, l'avènement des Chartes tempère le pouvoir de l'État qui est désormais mieux divisé entre ses trois branches : législatif, exécutif et judiciaire. Conséquemment, les personnes ont de nouveaux recours face aux actions de l'État: les Chartes assurent une meilleure protection des libertés fondamentales aux individus. Cette protection est relativement nouvelle. Rappelons qu'à une certaine époque, les libertés individuelles étaient peu protégées dans les démocraties libérales. Au Canada, l'arrivée des Chartes à partir des années 1970 a modéré la force coercitive et autoritaire de l'État, en promulguant une protection rehaussée des droits et liberté des personnes. À cet égard, le juge Dickson, au nom des juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer, énonce dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd.* :

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'état ou par la volonté d'autrui à une condition que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publiques ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience [le soulignement est de nous] (*Big M Drug Mart Ltd.*, pp. 336 et 337).

Les propos du juge Dickson définissent la force coercitive du droit qui impose à la fois la contrainte et des formes indirectes de contrôle. Ces mesures déterminent et restreignent les possibilités d'action des personnes. Soulignons également que la force coercitive du droit est habituellement corrélée d'une dimension punitive afin de lui permettre véritablement de régir les comportements et assurer le respect de la norme imposée. Dans tous les cas, l'exercice de la force coercitive du droit limite la liberté, l'autonomie et l'auto-détermination des personnes.

Mise en œuvre:

Ce troisième critère, le caractère coercitif et punitif de la norme juridique, s'apparente au critère précédent et à l'instar de celui-ci, il permet de distinguer la vision traditionnelle du droit, d'une version éthiciisée. Plus une norme prévoit la mise en place de contraintes ou de balises, des sanctions ou d'autres mesures limitatives, plus sa force coercitive sera élevée et plus elle correspondra à une vision traditionnelle du droit. Ainsi, la stricte obéissance à la loi correspond à une vision traditionnelle du droit. De nouveau, ce critère s'apprécie de manière graduelle.

3.4 Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Définition :

Ce quatrième critère, soit la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique, vise à apprécier la possibilité pour les destinataires de la norme de réfléchir au sens, à l'interprétation ou même au contenu de la norme, grâce au caractère plus souple de celle-ci. Les destinataires de la norme ainsi peuvent recourir à la délibération afin de pondérer, juger, définir l'action à adopter, d'une manière autonome et réflexive.

Explication et justification :

Nous l'avons vu, l'approche réflexive en philosophie tente de promouvoir le dialogue, le questionnement et la réflexion sur le monde et l'existence humaine. En ce sens, elle favorise des remises en question, des ajustements et peut conduire à des changements de pratiques ou à une validation de ses actions (Argyris et Schön, 1978 ; Dewey 1993 ; Schön, 1994). À l'instar d'Habermas, Durand (1994) rappelle que l'éthique se définit d'abord comme une recherche. Elle inclut alors notamment une réflexion sur les valeurs, les principes reliés à l'agir, les fondements de ces principes, les finalités de l'action et les exigences de la dignité humaine (Durand, 1994, pp. 468-469). Elle comporte une visée herméneutique qui cherche la vie bonne, la vie heureuse.

Abordée en ce sens, l'éthique devient la recherche de l'action juste et adéquate dans une situation. Elle revêt alors une visée de la vie bonne (Ricoeur, 1990), contrairement à la stricte obéissance aux normes qui met de l'avant le respect du devoir, tel que peut le faire la perspective kantienne en éthique. La recherche de la vie bonne devient conséquemment une préoccupation toute première. Ce faisant, elle met en opposition deux héritages: l'héritage aristotélicien, où l'éthique est caractérisée par sa perspective téléologique (de *telos*, signifiant « fin », donc une recherche de fin juste ou bonne) ; et l'héritage kantien, où la morale est définie par le caractère d'obligation de la norme, par un point de vue déontologique (déontologique signifiant précisément « devoir »). Abordée dans son sens aristotélicien, elle vise la recherche, la découverte de la vie bonne, comme le mentionne Ricoeur:

On peut toutefois discerner une nuance, selon que l'on met l'accent sur ce qui est estimé bon ou sur ce qui s'impose comme obligatoire. C'est par convention que je réserverai le terme d'« éthique » pour la visée d'une vie accomplie sous le signe des actions estimées bonnes, et celui de « morale » pour le côté obligatoire, marqué par des normes, des obligations, des interdictions caractérisées à la fois par une exigence d'universalité et par un effet de contrainte. On reconnaîtra aisément dans la distinction entre visée de la vie bonne et obéissance aux normes l'opposition entre deux héritages : l'héritage aristotélicien, où l'éthique est caractérisée par sa perspective téléologique (de *telos*, signifiant « fin ») ; et un héritage kantien, où la morale est définie par le caractère d'obligation de la norme, donc par un point de vue déontologique (déontologique signifiant précisément « devoir ») (Ricoeur, 1990, p. 258).

Dans cet extrait, Ricœur identifie ainsi la spécificité de l'éthique, par opposition à la morale ou à la déontologie, à son souci de réflexion, de mise à distance réflexive, dans une perspective de recherche de la vie bonne. Pour reprendre son expression énoncée précédemment dans son livre *Soi-même comme un autre*, l'éthique a une visée de la « vie bonne, avec et pour les autres, dans des institutions justes » (Ricoeur, 1990, p. 202). Il s'agit en quelque sorte du sommet de la vie éthique que chacun peut mettre de l'avant dans son rapport à soi, à l'autre et à l'institution. Conséquemment, le langage utilisé par l'éthique dans cette perspective est celui de l'*optatif*, soit un langage qui exprime le souhait, et non celui de l'*impératif*, qui impose un ordre, tel que l'ont traditionnellement fait la déontologie et le droit. Il s'agit d'un souci et une recherche de la vie bonne: du souci de soi, au souci de l'autre, vers le souci de l'institution (Ricoeur, 1990). Dans cette recherche, la réflexion permet de déterminer ce qui est bien, estimable en soi-même. Bref, la réflexion s'entend comme la capacité de choisir pour des raisons et de pondérer différents éléments : il s'agit de la capacité d'agir intentionnellement.

Il importe de spécifier que la réflexion doit être assurément libre et autonome, c'est-à-dire non subordonnée à des impératifs qui orienteraient son résultat. Elle peut aussi être critique. Ainsi, dans le cas du quatrième critère de notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit, nous dirons que la norme juridique laisse la possibilité à ses destinataires de mener une réflexion libre et autonome, soit une réflexion exempte de dogmatisme, de préjugés ou autres.

Mise en œuvre:

Ce quatrième critère, soit la possibilité de mener une réflexion autonome accordée aux destinataires de la norme juridique, permet de voir si une norme favorise une approche réflexive. Ce critère cherche donc à apprécier la possibilité pour les destinataires de réfléchir au sens, à l'interprétation ou même au contenu de la norme, grâce au caractère plus souple de celle-ci. Plus une norme sera souple et favorisera la réflexion, plus elle sera éthiciisée. Une possibilité modérée indiquera sans doute que nous sommes en présence d'une norme juridique qui s'inscrit dans une approche principiste. Enfin, une norme qui

ne prévoit aucune possibilité de délibération, de pondération ou de jugement, d'une manière autonome et réflexive, tombera sous la catégorie du droit traditionnel.

3.5 Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle

Définition :

Ce cinquième critère, soit le mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle, met de l'avant le caractère flexible et moins contraignant de la norme juridique. Ici, la norme ne cherche pas à ordonner, contrôler, imposer, mais bien influencer le comportement, l'action, des destinataires. En cela, elle s'apparente plutôt à une recommandation qu'à un devoir : il s'agit du droit souple.

Explication et justification :

La visée incitative ou promotionnelle du droit se retrouve chez plusieurs auteurs. D'abord, Bobbio (1998) traite de la fonction promotionnelle du droit. Pour Bobbio, le droit est perçu comme un discours de type normatif doté de propriétés particulières par rapport aux autres discours normatifs. C'est alors la méthode analytique qui permet d'identifier ce qui différencie le discours juridique des autres discours normatifs et d'analyser les différentes formes de propositions qui composent le discours juridique. Bobbio montre que les prescriptions juridiques ne se contentent pas d'obliger, permettre ou interdire, mais expriment aussi des degrés de force obligatoire, des degrés de permissivité et d'incitation, afin d'adopter certains comportements, qui sont en retour corroborés de divers types de sanction (Bobbio, 1998).

Lalonde (2006) s'attarde quant à elle au pluralisme axiologique et à l'universalité de la norme dans une approche d'énonciation et de l'application de la norme. Cette approche, soutient-elle, permet « d'appliquer contextuellement la Charte comme instrument de promotion des droits, plutôt que comme norme d'application d'une protection civiliste de la réparation, intégrant alors une véritable pluralité axiologique » (Lalonde, 2006, p. 326).

Tout comme chez Bobbio, on retrouve chez Lalonde la fonction promotionnelle du droit. Et à l'instar de Bobbio et Lalonde, d'autres auteurs font des constats similaires, tout en affirmant la visée réflexive de l'éthique.

C'est le cas de Rocher qui réfère explicitement à ce phénomène dans ses écrits (1998). Dès la fin des années 1990, dans ses travaux où il cherche à distinguer droit et éthique, ce sociologue exprime l'idée voulant que le droit soit du côté du pouvoir, soit celui de la coercition et de la prescription, tandis que l'éthique aurait plus à voir avec l'influence. Il exprime cette idée en ces termes :

(...) le droit serait du côté du pouvoir et l'éthique, de l'influence. Le pouvoir se présente comme la capacité de faire agir un autre ou d'autres selon sa volonté; l'influence tient plus de la conviction à transmettre à d'autres et à leur faire accepter, elle s'adresse davantage à la conscience intime; elle comporte une intériorité dont le droit peut faire l'économie (Rocher, 1998, p. XIV).

Ainsi, l'éthique définie par Rocher n'impose pas, mais cherche à orienter et guider l'action. L'éthique demeure alors confinée à un domaine non prescriptif et s'éloigne de la régulation. Or, dans la pratique, l'éthique est souvent reliée à la régulation, ce qui pose quelque danger pour Rocher : « on est en danger d'identifier l'éthique à la régulation » (Rocher, 1998, p. 316). Une éthique qui revêt une nature de plus en plus prescriptive et contraignante devient suspecte pour Rocher. Selon lui, l'éthique est « abâtardie par le fait qu'on l'a réduite à une fonction régulatrice de la société » (Rocher, 1998, p. 316).

Pour Rocher, l'éthique demeure d'abord une réflexion avant d'être une régulation²⁶. La juridisation de l'éthique (morale) demeure problématique aux yeux du sociologue qui va même jusqu'à se demander si « l'on fait appel au droit comme substitut à la morale pour se prononcer sur des questions de conscience? » (Rocher, 1998, p. 8). Ainsi, pour le sociologue, il est important de préserver le caractère non-prescriptif de l'éthique afin de pleinement conserver sa dimension réflexive. Bref, l'éthique pour Rocher doit continuer à

²⁶ Nous pouvons ici remarquer que Lacroix (2011b) adhère également à cette proposition, tel que nous le démontrons, au chapitre 4, lorsque nous présenterons le rapport droit/éthique, sous l'angle de l'éthique comme compétence préalable au droit.

relever du domaine de l'influence, de l'optatif, pour reprendre une expression utilisée précédemment, tandis que le droit, dans sa version traditionnelle qui exclut le droit souple, doit pour sa part être cantonné au contrôle, à la prescription et à la contrainte.

Ces propositions trouvent plus largement écho en théorie du droit: plusieurs auteurs (Arnaud, 2009 ; Perelman, 1984 ; Thibierge 2009) démontrent que le droit se reformule pour intégrer une dimension plus souple, parfois carrément réflexive et non-prescriptive. Ainsi, des réflexions récentes sur la force normative du droit ont cours étant donné les transformations du droit vers un droit plus souple, mou et flexible (Thibierge, 2003). D'aucuns analysent comment la dimension prescriptive et contraignante du droit laisse place de plus en plus à une dimension plus flexible, voire plus réflexive. Ils réfléchissent notamment à ces questions par l'entremise de théories portant sur la gouvernance (Bernatchez, 2009a ; Lalonde et Bernatchez, 2011 ; Lenoble et Maesschalck, 2003, 2008, 2009, 2011a et 2011b).

Dans la même veine, certains auteurs étudient l'émergence du droit souple que nous avons présenté en introduction, puisque de plus en plus, les législateurs introduisent dans le droit des notions souples, des notions à contenu variable (l'équité, le juste, le raisonnable, l'ordre public, la faute, la faute grave, l'intérêt de l'enfant, etc.) (Perelman, 1984 ; Conseil d'État, 2013). Dans cette perspective, le droit souple a plus à voir avec l'influence qu'avec le contrôle. Dans un article intitulé *Propos introductifs sur le droit souple* (2009), Mekki précise que le droit souple est « flexible, élastique et maniable » (p.1). L'auteur, cité précédemment dans la présente thèse, s'éloigne ainsi d'une conception binaire du droit (droit souple versus droit dur), pour adopter une perspective du droit qui inclut à la fois ces deux dimensions : le droit n'est pas dur ou souple, il est l'une et l'autre (Mekki, 2009, p. 1). Le droit ainsi transformé accorde une plus grande liberté et devient « adaptable ». La norme juridique est conséquemment plus « imprécise, indéterminée » (Thibierge, 2003, p. 610). Bref, la littérature en théorie du droit atteste d'un changement de paradigme : d'un mode axé exclusivement sur le contrôle et la sanction, le droit devient plus ouvert, plus souple, plus flexible. Il se transforme alors et tend vers un registre qui s'apparente plus à l'éthique, à l'influence et la recommandation,

qu'à celui de l'obligation et du contrôle, d'où la pertinence d'avoir un critère qui permet de reconnaître cette transformation du droit.

Mise en œuvre:

Ce cinquième critère, soit le mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle permet de dissocier l'approche classique ou traditionnelle en droit, fondée sur le contrôle, la prohibition, l'impératif et la prescription, d'une approche du droit renouvelée. Selon cette perspective, le droit est désormais considéré comme étant plus souple et plus flexible. Afin de mettre en œuvre ce critère, il s'agira de se demander si la norme est de l'ordre de l'influence ou du contrôle. Plus une norme sera contraignante, plus elle s'associera à la vision classique ou traditionnelle du droit et moins elle le sera, plus elle sera éthiciisée. Si elle est du domaine simplement de la recommandation alors elle sera éthiciisée. De la sorte, c'est le degré d'adhésion qu'elle suscite par son contenu qui guidera notre choix : plus l'adhésion sera obligatoire, plus il s'agira de la vision classique ou traditionnelle. Plus l'adhésion sera facultative, plus il s'agira d'éthique dans une perspective réflexive.

3.6 Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Définition :

Dans le cas de notre sixième critère qui est la possibilité de définir ou de redéfinir les pratiques, il s'agit de voir si la norme juridique permet aux destinataires de construire ou co-construire les pratiques ciblées par cette dernière. En d'autres termes, on peut se poser la question suivante : la norme impose-t-elle le comportement attendu ou octroie-t-elle une discrétion aux destinataires de la norme pour déterminer l'action à poser?

Explication et justification :

Quelques sociologues (Beck, Giddens, Lash, 1994) ont démontré que nous assistons présentement à une dissolution des concepts de base et des fondements de la société industrielle. Les grands principes qui animaient la société, tel que la famille ou la classe sociale, ont éclaté. « L'individualisation », vécue de manière collective, modifie les prises de décisions : elles sont désormais négociées à la base, et ne sont plus imposées par un « modèle dominant ». C'est en ce sens que Beck et Giddens envisagent la « modernité réflexive ». Revenons brièvement sur les travaux de ces sociologues afin d'illustrer et expliquer ce sixième critère.

Beck annonce, dans son livre *La société du risque*, le passage de la « modernité industrielle » à une « modernité réflexive » (1986). La modernité réflexive s'attarde au processus, à la manière dont la rationalisation s'effectue par opposition à la Modernité qui postulait une rationalité déjà définie. Partant de ce constat, Beck s'engage dans une rationalisation de la rationalisation, pour réfléchir aux fondements de nos sociétés. Il remarque que les traditions (la famille, la société industrielle, les classes sociales) sont des concepts qui n'ont plus de réalité empirique et qu'ils sont en train de se dissoudre pour se laisser construire et reconstruire continuellement. Ainsi, pour Beck, nous sommes dans une modernité nouvelle, une modernité réflexive.

Quant à Giddens (1994), il affirme que nous sommes dans une « modernité avancée », ou seconde modernité, par opposition à la première modernité. Pour le sociologue, aucun savoir ne sera définitivement établi et il est par conséquent nécessaire de mettre un terme au mythe du progrès. Giddens développe une théorie de la structuration, à la manière de Parsons, qui fait référence à un « tout englobant », comme la société, afin de rendre compte de la constitution mutuelle de l'action et de la structure sociale. La perte des modèles transmis et la nécessité d'une « construction réflexive de soi » constituent le cœur de sa théorie (1994). Il considère la réflexivité institutionnelle comme l'élément central des sociétés modernes et, conséquemment, l'autonomie et la réflexivité fondent la modernité. Sa théorie du mouvement réflexif ou de structuration du social est le mode de

reproduction, d'actualisation du social, par les pratiques des agents et le travail des institutions. Ainsi, tant les agents que les institutions sont réflexifs, ce qui confèrent trois dimensions à la réflexivité: discursive, pratique et institutionnelle (Giddens, 1994). C'est ainsi qu'il définit son concept de « modernité réflexive ».

C'est dans cette perspective plus sociologique que nous prétendons que la possibilité accordée aux destinataires de la norme de construire ou co-construire l'action permet une démarche réflexive qui s'inscrit dans cette « modernité réflexive ». Dit autrement, le mouvement réflexif dans lequel le droit s'est engagé, soit le retour sur soi et sur son activité, reflète bien les plus récentes recherches sociologiques selon lesquelles la modernité est présentement marquée par une phase réflexive qui lui est propre.

Mise en œuvre:

Ce sixième critère, la possibilité de définir ou de redéfinir les pratiques, vise à déterminer si la norme juridique permet aux destinataires de construire ou co-construire les pratiques ciblées par cette dernière. Si la norme impose le comportement attendu, alors elle sera peu éthiciisée et s'associera à la vision traditionnelle du droit. À l'inverse, plus elle octroiera une discrétion aux destinataires de la norme afin de déterminer l'action à poser, plus elle sera éthiciisée, dans une perspective réflexive.

4 Grille d'analyse de l'éthicisation du droit

Transposés sous forme de tableau, les critères pourront ensuite être vérifiés et qualifiés en fonction d'une pondération graduelle, comme l'illustre le tableau suivant :

1. Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
2. Caractère prescriptif de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
3. Caractère coercitif et punitif de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
4. Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
5. Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
6. Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement

5 Conclusion

Dans les sections précédentes, nous avons tout d'abord expliqué le contexte social et scientifique propre aux transformations actuelles du droit avant de dresser quelques constats sur l'état de ces transformations. Partant de ces constats, nous avons ensuite

élaboré notre grille d'analyse qui a pour objectif de nous aider à mieux comprendre le phénomène de l'éthicisation du droit. Tel qu'expliqué, cet outil vise à dépasser les brouillages que posent les transformations du droit, tant du point de vue du droit que de celui de l'éthique, en identifiant la récurrence et l'importance de ces brouillages. Cet outil d'analyse va nous permettre de faire ressortir deux courants de pensée en éthique qui sont mobilisés par le législateur dans le cadre des lois éthiques, soit l'approche principiste et l'approche réflexive. Il nous permettra également de distinguer la vision plus traditionnelle du droit de la vision renouvelée, soit celle qui est privilégiée par une conception éthiciée du droit. Enfin, comme nous l'avons expliqué, nos critères fondés sur les caractéristiques des différentes conceptions du droit et élaborés à partir d'éléments conceptuels fournis par le droit, la philosophie et la sociologie, vont nous permettre de mieux identifier les courants épistémologiques reliés aux transformations du droit.

Nous avons ainsi cherché à élaborer un outil d'analyse accessible qui nous permet de distinguer une approche plus normative d'une approche plus réflexive, en droit et en éthique. À cet égard, nous avons choisi de regrouper deux courants éthiques, le principisme et la déontologie, sous une seule approche, l'approche principiste, étant donné leur proximité épistémologique. Enfin, nous avons introduit chacun des six critères de notre grille, en utilisant la méthode suivante : 1) définition du critère, 2) explication et justification ayant servis à l'élaboration du critère et 3) mise en œuvre.

Dans le prochain chapitre, nous analyserons des extraits de quatre lois éthiques québécoises afin de les passer au crible de notre grille, pour en dégager les fondements épistémologiques essentiellement du point de vue de l'éthique. Bien que nous expliquerons comment nous avons procédé pour sélectionner ces lois éthiques au début du chapitre 3, sans préciser ici tous les détails, il nous semble important de mentionner que nous avons retenu un critère d'ordre territorial, afin d'analyser un échantillon de lois comparables, et plus particulièrement, réfléchir aux orientations éthiques du législateur québécois. Qui plus est, cette décision nous permet de vérifier les affirmations et mises en garde formulées par les chercheurs québécois, étudiés dans le présent chapitre. De plus, nous avons sélectionné quelques lois éthiques qui correspondent aux critères de

l'éthicisation du droit, dans sa phase actuelle, dans des secteurs variés du droit qui présentent un intérêt singulier. Sur ces bases, nous avons choisi un total de quatre textes législatifs : 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. La mise en œuvre de notre grille permettra d'évaluer les conceptions du droit et de l'éthique mobilisées dans ces lois éthiques, afin de poser, au chapitre 4, quelques constats épistémologiques au terme de notre étude et une réponse à notre question de recherche.

CHAPITRE 3

1 Introduction

Dans le chapitre 2, nous avons mis en contexte et présenté une grille d'analyse permettant de mieux cerner le phénomène d'éthicisation du droit. Nous avons démontré que notre grille correspond à l'évolution du droit. Afin de bien traduire cette évolution, chaque critère de la grille s'apprécie d'une manière graduelle, sur une échelle allant de « pas du tout » à « considérablement ». Ainsi conçue, la grille nous permet d'apprécier de manière qualitative la transformation du droit à l'étude : elle fournit des repères pour apprécier la conception du droit mobilisée (modèle traditionnel ou droit souple), ainsi que l'orientation éthique (approche principiste ou approche réflexive). Au total, la grille comporte six critères. De par le triple éclairage qu'elle propose en droit, en éthique et en sociologie, cette grille contribue à dissiper les brouillages existant entre les catégories juridiques et éthiques engendrés par les transformations récentes du droit et dénoncés par les auteurs (Bégin 2009 et 2011b; Dermange et Flanchon, 2002a; Goyard-Fabre et Sève 1986, Issalys, 1992 ; Mockle, 2007 ; Ost et Van de Kerchove, 2002).

Afin de poursuivre notre étude des lois éthiques en contexte québécois, nous allons maintenant appliquer notre grille à quelques lois éthiques choisies. Rappelons que les lois éthiques réfèrent explicitement ou implicitement à l'éthique et laissent une autonomie plus ou moins importante aux destinataires de la norme dans l'interprétation, la construction ou la mise à l'œuvre de la norme. Dans certains cas, ces lois mettent en place des procédures ou modalités qui mobilisent l'éthique réflexive. Ces lois comportent parfois dans leur libellé même un appel à l'éthique, et ce, même si dans leur contenu, il s'agit parfois plutôt d'un appel à la déontologie ou aux principes moraux. Selon certains (Bégin, 2011b), plusieurs lois éthiques seraient en fait des appels à la déontologie, à la conformité, dans une perspective coercitive, ce qui correspond peu à la représentation de l'éthique partagée par plusieurs philosophes québécois, tels Legault (2002-03), Lacroix

(2011 et 2014a) et Bégin (2009 et 2011b). C'est ce qu'il s'agit maintenant de vérifier à partir de l'application de notre grille.

Plus précisément, nous appliquons notre grille d'analyse à quatre lois éthiques québécoises. Avant d'analyser ces lois, il nous a semblé important d'expliquer nos choix relatifs aux lois éthiques à l'étude. Ce sera l'objet de la première section de ce chapitre. Par la suite, nous procéderons à l'examen de chacune de ces lois. Selon la conception de l'éthique mobilisée, nous verrons que l'autonomie laissée aux destinataires de la norme sera plus ou moins grande, la force normative plus ou moins assouplie et la possibilité d'engager un dialogue et de participer à la co-construction de l'action plus ou moins présente. Cela nous permettra de revenir, au chapitre 4, sur nos principaux résultats, pour aborder plus directement le rapport existant entre le droit et l'éthique, afin de répondre à notre question de recherche.

2 Méthodologie

Tout d'abord, il nous a semblé primordial d'imposer une limitation d'ordre territorial à notre choix des lois éthiques à l'étude. Précédemment, nous avons présenté les critiques et réflexions de chercheurs québécois, à l'égard de l'éthicisation du droit et des lois éthiques. Il nous semblait opportun d'un point de vue méthodologique de mobiliser un échantillon de lois québécois en lien avec ces remarques, réflexions et mises en garde, puisque celles-ci nourrissent largement notre cadre conceptuel. De plus, nous voulions nous assurer de l'homogénéité du cadre juridique que nous allions analyser. C'est dans cette perspective que nous nous sommes intéressés aux lois éthiques québécoises. Puisque des chercheurs québécois ont déjà formulé des repères en ce domaine, notre analyse nous permettra d'une part, de vérifier leurs affirmations, plus particulièrement celles de Bégin (2009 et 2011b) qui demeurent prédominantes à cet égard, et d'autre part, de formuler d'autres observations relativement au rapport droit/éthique, au chapitre 4. Bref, circonscrire notre échantillon à l'aide d'un critère de territorialité nous paraissait une première étape incontournable.

De surcroît, nous souhaitions avoir un critère de sélection lié à la temporalité, pour discuter de lois adoptées à une même période de temps. La comparaison des postures prises par le législateur sur une période définie dans le temps nous apparaissait être importante compte tenu que la philosophie du législateur varie inévitablement dans le temps. Puisque les lois éthiques demeurent un phénomène récent, nous avons limité notre choix aux lois éthiques québécoises de moins de 5 ans. En nous fondant d'abord sur ces critères de territorialité et de temporalité, nous avons sélectionné au total quatre lois éthiques : 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Voyons voir maintenant les motifs plus précis qui expliquent la sélection de chacune de ces lois.

Dans un premier temps, la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* retient notre attention puisqu'elle est particulièrement d'actualité, étant donnée les travaux de la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*, plus familièrement *Commission Charbonneau*, qui se tiennent actuellement au Québec. Tel que souligné en introduction, la *Commission Charbonneau* enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction, et ce, depuis le 19 octobre 2011. Elle a été mise sur pied par le gouvernement libéral de Jean Charest dans le but d'alimenter la preuve, de faire connaître les stratagèmes de corruption et de collusion, tout en protégeant les témoins et les victimes. En plus de son lien avec le thème de la *Commission Charbonneau*, la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* retient notre attention parce qu'elle porte en son titre même le terme éthique. De plus, puisque Bégin (2011b) ou Dubreuil (2011), discutent expressément de la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* dans de récentes publications, nous avons voulu inscrire notre recherche dans ces discussions.

Pour sa part, la *Loi concernant les soins de fin de vie* retient notre attention de par son objet même, soit la fin de la vie. Ce sujet des plus délicat demeure hautement associé à l'éthique et la morale. Cette loi se base sur les valeurs de « dignité, d'accompagnement, de compassion, de solidarité, de respect de l'autonomie et de sécurité » et propose une

« vision globale intégrée des soins de fin de vie pour assurer aux personnes qui les requièrent un accompagnement adapté à leur situation spécifique lors de l'étape ultime de leur vie, notamment pour prévenir et apaiser leurs souffrances »²⁷. En ce sens, cette loi inédite témoigne d'un contexte social en profonde mutation. Elle demeure par ailleurs innovante puisqu'elle laisse, tel que nous le verrons, une grande place aux principaux intéressés concernés par cette norme, les personnes en fin de vie. De plus, cette loi est le fruit d'une démarche réflexive collective, amorcée il y a quelques années, par l'entremise de la *Commission spéciale sur la question de Mourir dans la dignité*. Le rapport de la *Commission spéciale*, déposé en 2012, a directement influencé l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie* : celle-ci donne suite aux recommandations unanimes de la *Commission*. Ainsi, la *Loi concernant les soins de fin de vie* a été élaborée en réponse aux demandes exprimées par la société québécoise, à la suite d'un travail de réflexion sur le sujet. En ce sens, on peut affirmer que la société civile québécoise est à l'origine de cette loi, ce qui demeure un aspect important du point de vue de l'éthique : les parties intéressées ont ainsi provoqué l'adoption de cette mesure législative. Bref, pour ces raisons, nous l'avons sélectionnée au nombre des lois à l'étude.

De son côté, le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* a suscité notre intérêt pour trois raisons : 1) il constitue un code de déontologie et il nous semblait incontournable d'étudier au moins un code de déontologie dans la présente thèse, compte tenu du sujet même de celle-ci, 2) il encadre la profession des avocats et ceux-ci se trouvent au cœur de l'application et de la mise en oeuvre des transformations récentes du droit et 3) les propos au sujet de l'avant-projet de code de la bâtonnière laissent croire qu'il s'agissait véritablement d'une loi éthique. Ainsi, l'étude du projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* allait de soi.

Enfin, nous avons retenu la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, adoptée en 2014. Cette loi constitue une nouvelle version de l'avant-projet de loi instituant le nouveau *Code de procédure civile*. Nous choisissons d'étudier cette loi, puisque celle-ci laisse une

²⁷ <http://www.soinsdefindevie.gouv.qc.ca/historique-des-travaux> Consulté le 10 septembre 2014.

place importante aux parties en litige, par l'entremise des modes de PRD. En effet, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* accorde une place toute singulière aux modes de PRD. Cette place est plus importante que celle octroyée actuellement dans la version du *Code de procédure civile* en vigueur, tout en étant plus modeste que celle initialement allouée dans l'avant-projet de loi.

En effet, l'article 5 de *l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile* offrait une grande liberté aux parties. Cet article avait d'ailleurs capté notre intérêt car les parties en litige pouvaient, selon celui-ci, décider de « prévenir ou régler leur différend en faisant appel à des normes et à des critères autres que ceux du droit, sous réserve du respect qu'elles doivent aux droits et libertés de la personne et aux autres règles d'ordre public » (Assemblée nationale du Québec, 2011b). Il s'agissait bien là d'une liberté inégalée et inédite en matière de procédure civile. Or, cet article ne se retrouve plus dans la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Tel que nous le verrons plus en détails, le législateur a été plus modeste dans cette nouvelle version.

Cela dit, le titre 1 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* offre toutefois encore une liberté inédite aux parties, celle de s'engager dans les modes de règlements des différends, selon les modalités qui leur conviennent. Nous y voyons là un intérêt tout particulier car le législateur crée d'entrée de jeu une alternative à la procédure judiciaire traditionnelle. Conformément à l'objectif poursuivi dans la présente thèse, soit analyser le phénomène des lois éthiques d'un point de vue éthique, nous retenons la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* afin d'aborder cette nouvelle alternative. La *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* témoigne d'une initiative très novatrice et audacieuse du législateur québécois, que l'on voyait poindre dès l'adoption de l'avant-projet de loi. Il convient donc d'en explorer le contenu, en termes de libertés de créer et de co-élaborer la solution au litige désormais accordées aux destinataires de la norme.

Dernière précision, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* offre, voire impose, l'alternative des PRD, dont celle de la médiation, aux parties (« les parties doivent considérer »). Dans le cadre de cette thèse, nous avons associé les alternatives au droit à

la deuxième phase d'éthicisation du droit. Or, une distinction nous pousse ici à associer la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* à la troisième phase d'éthicisation du droit, selon la typologie déployée au chapitre 1. Dans la deuxième phase, la médiation n'est pas consacrée par la loi mais constitue plutôt une alternative « externe » au droit. Cette alternative est énoncée de manière plutôt informelle, généralement par le juge ou les avocats des parties. Néanmoins, dans le cas de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, le processus de médiation est prévu directement dans la loi, par le législateur, ce qui la rend distincte de la médiation, telle qu'envisagée à la phase 2. En fait, par l'entremise de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, l'alternative de la médiation, et plus largement les modes de PRD, devient officielle. C'est pourquoi nous envisageons la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* au nombre des lois éthiques et l'associons à la phase trois du phénomène d'éthicisation du droit.

Ces précisions sur les raisons de nos choix étant maintenant apportées, la suite de ce chapitre sera consacrée à l'application de notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit à ces quatre lois éthiques. Précisons que nous ne nous attarderons que très peu à la littérature secondaire entourant ces textes législatifs (doctrine, commentaires critiques, etc.). Notre objectif étant la détermination de l'orientation de ces lois éthiques, à partir de l'étude du contenu de celles-ci, il nous est apparu plus indiqué de concentrer notre analyse sur le seul contenu législatif. C'est la raison pour laquelle nous concentrons nos efforts à l'application de notre grille, à ces lois éthiques. Nous mènerons par la suite une discussion sur nos principaux résultats obtenus, au chapitre 4. Pour l'étude de chaque loi, nous procéderons comme suit : après une brève description de la loi, nous compléterons la grille d'analyse, puis nous justifierons et expliquerons nos choix de qualificatifs à l'aide des extraits de loi pertinents, avant de conclure sur l'orientation épistémologique de la dite loi, à la lumière de notre analyse.

3 *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*

3.1 Description

Sanctionnée le 2 décembre 2010, la *Loi sur l'Éthique et la déontologie en matière municipale* [ci-après LEDMM] vise à assurer l'adhésion explicite des membres des conseils municipaux aux valeurs éthiques en matière municipale. Elle prévoit l'adoption de règles déontologiques et l'introduction de mécanismes d'enquête et de sanctions pour en assurer le contrôle. Ces obligations sont imposées aux 1106 municipalités locales et aux 87 municipalités régionales de comté (MRC) (Québec, 2012, p. 9). La LEDMM s'applique à tout membre d'un conseil d'une municipalité locale ainsi qu'au préfet élu d'une MRC (articles 2 et 3).

3.2 Complétion de la grille d'analyse

Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Caractère prescriptif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	----------	-------------------------

Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	----------	-------------------------

Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
--------------------	-----	-------------	----------	------------------

Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
--------------------	-----	-------------	----------	------------------

Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

3.3 Justification et explication

Dans cette section, nous expliquons les facteurs qui nous ont incités à retenir les qualificatifs surlignés, ci-haut, dans la grille d'analyse. Concernant l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, les articles 4 et 6 ont retenus notre attention. L'article 4 indique que le code d'éthique et de déontologie adopté par les municipalités doit énoncer les principales valeurs de la municipalité en matière d'éthique. Le législateur impose des valeurs qui devront impérativement se retrouver dans les codes, soient : l'intégrité, l'honneur, la prudence, le respect, la loyauté et la recherche de l'équité. Les valeurs énoncées dans le code « doivent guider » les membres de tout conseil de la municipalité dans l'appréciation des règles déontologiques qui leur sont applicables (article 4).

De plus, l'article 6 stipule que l' élu doit déclarer par écrit auprès du greffier dans les 30 jours de sa réception, tout don, marque d'hospitalité ou avantage qui n'est pas de nature purement privée ou qui n'est pas de nature à influencer son indépendance de jugement ou compromettre son intégrité, et dont la valeur excède celle fixée par le code, laquelle ne peut être supérieure à 200 \$. Dans ces deux articles, 4 et 6, nous relevons un appel à l'intégrité comme principe justifiant la contrainte. C'est en ce sens que nous indiquons que la LEDMM réfère à certains principes (dans le cas de l'article 4, ils sont incarnés par l'imposition de valeurs énumérées, dont au premier rang, l'intégrité, et dans le cas de l'article 6, la référence à l'intégrité de l' élu). Mis à part ces deux articles, aucun autre

principe n'est directement évoqué. Par conséquent, nous convenons que la LEDMM réfère « peu » à une exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, puisqu'au-delà de ces deux articles, l'appel, l'adhésion ou la justification par l'entremise de principes sont absents.

Concernant le deuxième critère, soit le caractère prescriptif de la norme juridique, nous estimons que celui-ci est « considérablement » présent dans la LEDMM. En effet, le vocabulaire employé par le législateur comporte des impératifs et la dimension prescriptive de la norme est fortement affirmée, et ce, dans plusieurs articles. Voici quelques extraits choisis dès le début de la loi et qui nous permettent de conclure en ce sens : « L'objet de la présente loi est assurer l'adhésion explicite » (article 1), « Toute municipalité doit avoir les codes » (article 2), « Les valeurs énoncées dans le code doivent guider les membres de tout conseil de la municipalité dans l'appréciation des règles déontologiques qui leur sont applicables » (article 4), « Les règles prévues au code d'éthique et de déontologie doivent notamment interdire à tout membre d'un conseil de la municipalité : 1° d'agir, de tenter d'agir ou d'omettre d'agir de façon à favoriser, dans l'exercice de ses fonctions, ses intérêts personnels ou, d'une manière abusive, ceux de toute autre personne; 2° de se prévaloir de sa fonction pour influencer ou tenter d'influencer la décision d'une autre personne de façon à favoriser ses intérêts personnels ou, d'une manière abusive, ceux de toute autre personne; 3° de solliciter, de susciter, d'accepter ou de recevoir, pour lui-même ou pour une autre personne, quelque avantage que ce soit en échange d'une prise de position sur une question dont un conseil, un comité ou une commission dont il est membre peut être saisi; 4° d'accepter tout don, toute marque d'hospitalité ou tout autre avantage, quelle que soit sa valeur, qui peut influencer son indépendance de jugement dans l'exercice de ses fonctions ou qui risque de compromettre son intégrité; 5° d'utiliser des ressources de la municipalité ou de tout autre organisme visé au paragraphe 1^o du premier alinéa de l'article 5 à des fins personnelles ou à des fins autres que les activités liées à l'exercice de ses fonctions; 6° d'utiliser, de communiquer ou de tenter d'utiliser ou de communiquer, tant pendant son mandat qu'après celui-ci, des renseignements obtenus dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et qui ne sont généralement pas à la disposition du public pour

favoriser ses intérêts personnels ou ceux de toute autre personne; 7° dans les 12 mois qui suivent la fin de son mandat, d'occuper un poste d'administrateur ou de dirigeant d'une personne morale, un emploi ou toute autre fonction de telle sorte que lui-même ou toute autre personne tire un avantage indu de ses fonctions antérieures à titre de membre d'un conseil de la municipalité » (article 6). Bref, la LEDMM restreint et contraint considérablement les comportements de ses destinataires et le fait par l'entremise d'un vocabulaire prescriptif et impératif, tel que le démontrent les extraits reproduits.

Pour sa part, le caractère coercitif et punitif de la norme juridique est également fortement affirmé par le législateur. En plus des extraits présentés précédemment, plusieurs sanctions sont prévues à l'article 31 : « Un manquement à une règle prévue à un code d'éthique et de déontologie visé à l'article 3 par un membre d'un conseil d'une municipalité peut entraîner l'imposition des sanctions suivantes: 1° la réprimande; 2° la remise à la municipalité, dans les 30 jours de la décision de la Commission municipale du Québec: a) du don, de la marque d'hospitalité ou de l'avantage reçu ou de la valeur de ceux-ci; b) de tout profit retiré en contravention d'une règle énoncée dans le code; 3° le remboursement de toute rémunération, allocation ou autre somme reçue, pour la période qu'a duré le manquement à une règle prévue au code, comme membre d'un conseil, d'un comité ou d'une commission de la municipalité ou d'un organisme; 4° la suspension du membre du conseil pour une période dont la durée ne peut excéder 90 jours, cette suspension ne pouvant avoir effet au-delà du jour où prend fin son mandat ». Qui plus est, il est précisé à la fin de cet article que « lorsqu'un membre d'un conseil est suspendu, il ne peut siéger à aucun conseil, comité ou commission de la municipalité ou, en sa qualité de membre d'un conseil de la municipalité, d'un autre organisme, ni recevoir une rémunération, une allocation ou toute autre somme de la municipalité ou d'un tel organisme » (article 3). Bref, de nombreuses balises, sanctions et contraintes sont prévues dans la LEDMM, dévoilant ainsi le caractère hautement coercitif et punitif de la loi (« considérablement »).

Les éléments de la LEDMM que nous venons d'évoquer font donc bien voir que la force coercitive de la LEDMM ne laisse « pas du tout » la possibilité de mener une réflexion de

manière autonome aux destinataires de la norme juridique. Elle n'offre pas non plus un mode de gouvernance fondé sur l'influence (« pas du tout »). En fait, c'est tout le contraire : la LEDMM impose un contrôle rigoureux des destinataires de la norme. En ce sens, elle laisse « peu » de possibilité à ces mêmes destinataires de la norme pour définir ou redéfinir les pratiques.

Pour ce dernier critère, soit la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques, nous choisissons le qualificatif « peu ». La LEDMM laisse en effet une mince marge de manoeuvre à ses destinataires puisque les valeurs, les sanctions et les règles du code de déontologie sont déterminées et imposées par la loi : les pratiques sont conséquemment très orientées. Cela dit, une municipalité pourrait ajouter certaines valeurs ou d'autres normes à son code, tel que le prévoit la LEDMM, notamment aux articles 4 et 6. En effet, ces articles prévoient l'ajout « d'autres mesures ». De plus, aux articles 31 et 32, par l'usage du verbe « peut », le législateur limite la portée de l'obligation. Par l'entremise de ces articles, le législateur assouplit la force normative de la dite mesure et permet conséquemment une possibilité de définir d'autres pratiques. Ainsi, bien que limitée, les municipalités jouissent tout de même d'une certaine marge de manoeuvre. On peut en ce sens imaginer qu'une municipalité décide de consulter ses membres dans l'élaboration de mesures ou l'adoption de valeurs supplémentaires à inclure à son code, afin de le personnaliser ou mieux refléter la culture du milieu (articles 4 et 6). Du coup, cette possibilité octroie une marge de manoeuvre supplémentaire aux destinataires. Voilà pourquoi nous avons retenu le qualificatif « peu » pour ce dernier critère.

3.4 Conclusion

La complétion de notre grille pour la LEDMM ne laisse aucun doute : il s'agit d'une loi qui s'apparente au modèle traditionnel du droit, c'est-à-dire une loi qui impose un comportement et prévoit des sanctions en cas de manquement. Peu ou pas de place est accordée à l'autonomie des destinataires de la norme, à une possible co-construction de la norme ou de la solution au litige, à une réflexivité ou à un possible dialogue face au contenu de la norme. Celui-ci est plutôt fixé par le législateur qui impose les

comportements à ses destinataires. Il n'y a pas ici d'éthicisation du droit dans une perspective réflexive, bien que le contenu de la loi réfère expressément au terme éthique. Par l'entremise de la LEDMM, le législateur impose plutôt des règles strictes, mobilisant par le fait même une conception classique du droit et une posture rigide en éthique, posture qui est sous-jacente à la déontologie. Notre conclusion rejoint par conséquent celle de Bégin (2011b), formulée il y a quelques années, à l'égard du projet de loi ayant mené à l'adoption de la LEDMM. Bégin affirmait alors que le législateur s'était clairement engagé dans une logique de *command and control*, faisant uniquement appel à la déontologie et non à l'éthique (dans une perspective réflexive). Cette logique autoritaire et déontique est toujours présente dans la loi, tel qu'en témoigne notre étude.

4 *Loi concernant les soins de fin de vie*

4.1 Description

Déposé le 12 juin 2013, à l'Assemblée nationale du Québec, par madame Véronique Hivon, ministre déléguée aux Services sociaux et à la Protection de la jeunesse et ministre responsable du dossier Mourir dans la dignité, le projet de loi n°52 : *Loi concernant les soins de fin de vie*, marque une page de l'histoire législative québécoise. Ce projet de loi propose des mesures inédites en matière de fin de vie et donne suite à la *Commission spéciale sur la question de mourir dans la dignité*, qui a particulièrement retenu l'attention de 2009 à 2011. C'est en juin 2014 que le processus de réflexion culmine par l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Plus précisément, la loi fut adoptée le 5 juin 2014, à l'Assemblée nationale, par 94 voix contre 22. Par son entremise, l'État québécois reconnaît à une personne le droit de mourir dans la dignité, notamment par la modification de lois ou de règlements existants dans le domaine de la santé et des services sociaux, ainsi que le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile* (chapitre C-25).

Depuis le tout début, cette initiative législative a soulevé de multiples réflexions, débats et controverses, comme en témoignent les *Consultations particulières et auditions publiques*

sur le projet de loi n° 52, menées par la Commission de la santé et des services sociaux, du 17 septembre au 10 octobre 2013. Les avis déposés quant aux retombées et à la désirabilité de cette loi sont forts mitigés. De nombreux groupes, tels la Fédération des médecins omnipraticiens du Québec, le Barreau du Québec, l'Assemblée des évêques catholiques du Québec, le Protecteur du citoyen et la Chambre des notaires du Québec ont fait valoir des points de vue différents, parfois contradictoires, au sujet du projet de loi (Québec, 2013b). Étant donné la controverse et la division que suscitait le projet de loi, d'aucuns étaient en droit de se demander si le gouvernement irait de l'avant ou non vers l'adoption d'une loi. Nous savons désormais que le gouvernement libéral de Philippe Couillard a décidé d'aller de l'avant et l'adoption de la loi est désormais chose faite. Examinons donc cette loi à l'aide de notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit. Nous préciserons subséquemment les éléments justifiant nos choix, puis, formulerons une brève conclusion.

4.2 Complétion de la grille d'analyse

Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Caractère prescriptif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Pas du tout Peu **Moyennement** Beaucoup Considérablement

Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle

Pas du tout **Peu** Moyennement Beaucoup Considérablement

Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Pas du tout **Peu** Moyennement Beaucoup Considérablement

4.3 Justification et explication

À l'article 1 de la *Loi concernant les soins de fin de vie*, le législateur indique clairement les principes justifiant l'adoption des mesures proposées : « assurer aux personnes en fin de vie des soins respectueux de leur dignité et de leur autonomie »; assurer « l'accès, tout au long du continuum de soins, à des soins de qualité adaptés à ses besoins, notamment pour prévenir et apaiser ses souffrances » ainsi que garantir « la primauté des volontés relatives aux soins exprimées clairement et librement par une personne ». De plus, l'article 2 réfère explicitement aux principes qui doivent guider « la prestation des soins de fin de vie : 1° le respect de la personne en fin de vie et la reconnaissance de ses droits et libertés doivent inspirer chacun des gestes posés à son endroit; 2° la personne en fin de vie doit, en tout temps, être traitée avec compréhension, compassion, courtoisie et équité, dans le respect de sa dignité, de son autonomie, de ses besoins et de sa sécurité; 3° les membres de l'équipe de soins responsable d'une personne en fin de vie doivent établir et maintenir avec elle une communication ouverte et honnête ». Bref, la *Loi concernant les soins de fin de vie* comporte dès le départ plusieurs références à des principes fondateurs concernant les soins de fin de vie et l'adhésion est imposée. Pour cette raison, nous

affirmons que l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes est bien présente (« beaucoup »).

Par rapport au caractère prescriptif de la norme juridique, nous considérons que ce critère est « beaucoup » présent dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Nous devons toutefois préciser que nous avons éprouvé une certaine hésitation entre les qualificatifs : « moyennement » et « beaucoup ». D'une part, la loi prévoit des mesures prescriptives précises, mais elle établit d'autre part des procédures auxquelles devront se conformer les établissements, tout en leur laissant une marge de manœuvre pour déterminer le contenu de ces mesures à adopter. Par exemple, les articles 8, 9 et 10 prévoient notamment des procédures et des mesures devant être adoptées (exigence d'adoption d'un programme clinique de fin de vie et d'une politique portant sur les soins de fin de vie, obligation de déposer un rapport annuel au conseil d'administration sur l'application de cette politique et modification du code d'éthique pour tenir compte des droits des personnes en fin de vie). Mis à part quelques exigences sur la pratique (l'article 8 exige que le « rapport doit également indiquer, le cas échéant, le nombre de sédations palliatives continues et d'aides médicales à mourir administrées à domicile ou dans les locaux d'une maison de soins palliatifs par un médecin à titre de médecin exerçant sa profession dans un centre exploité par l'établissement »), les mesures laissent une certaine souplesse dans l'élaboration du contenu plus détaillé de celles-ci. Par ailleurs, la loi énonce que le code d'éthique doit respecter les droits des personnes en fin de vie (article 10) et met en place les exigences relatives à l'organisation des soins, sans toutefois aller jusqu'à déterminer le contenu détaillé des politiques institutionnelles et des codes dont les établissements de santé devront se doter. Ceci étant dit, la loi prescrit également plusieurs comportements.

À l'instar du caractère prescriptif de la norme, la *Loi concernant les soins de fin de vie* comporte un caractère coercitif et punitif très présent (« beaucoup »). En effet, des contraintes, des balises et des sanctions sont présentes, particulièrement aux articles 7 à 12, 14, 15, 19 à 22, 26, 29, 30 à 50. À titre indicatif, l'article 21 prévoit une inspection à tout moment, ainsi qu'une amende pour toute personne qui pourrait nuire à cette

inspection; l'article 26 balise les conditions pour obtenir l'aide médicale à mourir; et les articles 38 à 47 instituent une *Commission sur les soins de fin de vie* afin notamment de « surveiller (...) l'application des exigences particulières relatives à l'aide médicale à mourir » (article 42). De plus, d'aucuns remarquent une force coercitive particulièrement marquée envers les médecins qui doivent se plier à de nombreuses exigences, tel qu'en témoignent les articles 29 à 32 et 34. Enfin, l'usage de l'impératif du verbe « devoir » à plusieurs endroits dans le texte ne laisse aucun doute sur la force de coercition que se réserve le législateur sur l'ensemble des mesures contenues dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*.

En ce qui a trait à la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique, nous avons indiqué que ce critère était « moyennement » présent. En fait, nous observons que cette possibilité se présente différemment selon les destinataires de la norme. C'est en appréciant l'ensemble de ces différents niveaux d'autonomie, en fonction des divers destinataires, que nous affirmons que ce critère est « moyennement » présent. Voyons d'un peu plus près la situation.

Concernant les personnes elles-mêmes en fin de vie, le législateur préserve et protège pleinement leur autonomie, tel qu'en témoignent les articles sous le chapitre II, portant sur les droits des personnes relatifs aux soins de vie. Ainsi, toute personne a le droit de recevoir ces soins, de les refuser, de retirer son consentement sans préavis et par tout moyen, voire même de reporter ces soins (article 28, al. 2). Elles peuvent donc mener de manière autonome une réflexion pour prendre une décision libre et éclairée quant aux traitements thérapeutiques qui s'offrent à elle. Concernant l'autonomie laissée aux dispensateurs des soins de vie (établissements, maisons de soins palliatifs et cabinets privés professionnels), elle est balisée par l'instauration de mesures et de procédures, telles que relatées au paragraphe précédent. Ainsi, ces dispensateurs jouissent de peu d'autonomie, mais peuvent tout de même moduler ou arrimer quelque peu les contenus des mesures imposées (politiques, codes, etc.).

Les médecins, quant à eux, se voient imposer plusieurs obligations, telles que de s'assurer auprès de la personne du « caractère libre de sa demande, en vérifiant entre autres qu'elle ne résulte pas de pressions extérieures » (article 29, al. 1 a)). Les principales obligations imposées aux médecins sont contenues aux articles 29 à 32 et 34 : elles laissent peu de place pour définir les pratiques de manière autonome. Il ou elle doit administrer les soins, accompagner la personne qui demande ces soins et demeurer auprès d'elle jusqu'à son décès (article 30)²⁸. Toutefois, un médecin ou un professionnel de la santé peut « [...] refuser d'administrer l'aide médicale à mourir en raison de ses convictions personnelles [...] » (article 50). Ainsi, les médecins n'ont pas la possibilité de définir les pratiques de manière autonome, mais tout de même, ils ont la possibilité de ne pas être impliqués dans de telles pratiques, pour des motifs personnels. Bref, en pondérant ces divers niveaux d'exigence en fonction des destinataires visés, nous soutenons que la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée à ces derniers est « moyennement » présente.

Concernant le critère suivant, nous avons indiqué que le mode de gouvernance est « peu » fondé sur l'influence. Il est en fait plutôt axé sur le contrôle, tel qu'en témoignent à la fois le caractère prescriptif, coercitif et punitif de la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Enfin, quant à la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques, nous estimons qu'elle est « peu » présente. Certains destinataires bénéficient d'une marge de manœuvre plus importante pour définir leur pratique que d'autres. C'est donc d'une manière générale ou cumulative que nous expliquons notre choix du qualificatif « peu ». La *Loi concernant les soins de fin de vie* établit non seulement des pratiques spécifiques, mais également des procédures, laissant du coup une certaine liberté pour déterminer le contenu des mesures à adopter, pour certains destinataires de la norme. C'est tout particulièrement le cas pour les établissements et la *Commission sur les soins de fin de vie* (article 40). Pour les établissements, les procédures et mesures comprises dans le texte législatif comportent l'exigence de mettre en place des mesures pour favoriser la collaboration entre les différents professionnels de la santé et intervenants, d'adopter un programme clinique de

²⁸ Remarquons ici que l'article 30 est un ajout au projet de loi no 52, ayant mené à l'adoption de la *Loi concernant les soins de fin de vie*.

fin de vie ainsi qu'une politique portant sur les soins de fin de vie et de modifier le code d'éthique pour tenir compte de cette nouvelle pratique médicale (articles 7 à 10). Ces derniers jouissent donc d'une bonne possibilité de définir ou redéfinir les pratiques à l'intérieur de ces paramètres. Cette possibilité n'est toutefois pas la même pour les médecins et les professionnels de la santé, dont les pratiques sont balisées, à l'article 26.

Cet article vient en effet baliser et encadrer les conditions requises pour obtenir « l'aide médicale à mourir » et impose des conditions aux médecins et aux professionnels de la santé. Dans notre appréciation de ce critère, cette contrainte pèse pour beaucoup. En effet, il touche directement l'objectif même de la loi : permettre et encadrer l'assistance médicale pour la fin de vie. L'importance de ces contraintes (conditions) dans les pratiques est cruciale car elles se trouvent au cœur même de la loi. Les conditions de la pratique de l'aide médicale à mourir sont énoncées et très clairement balisées. Pour ces raisons, nous avons retenu le qualificatif « peu » pour ce qui est de la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques.

4.4 Conclusion

La *Loi concernant les soins de fin de vie* est tout à fait singulière et constitue une mesure inégalée, au Québec. À la lumière de notre étude de la loi, nous concluons que celle-ci véhicule bien une approche traditionnelle du droit, en étant modérément éthicisé par la référence aux principes (approche principiste). Étant donné de cet appel aux principes, nous la catégoriserons sous l'approche principiste. Tournons-nous maintenant vers le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*.

5 **Projet de règlement *Code de déontologie des avocats***

5.1 **Description**

En date du 1^{er} octobre 2012, dans le cadre des travaux sur la réforme du Code de déontologie des avocats, le Barreau du Québec soumettait à ses membres un avant-projet de *Code de déontologie des avocats*, en vue de recueillir leurs commentaires. Les commentaires reçus avant le 27 octobre 2012 furent acheminés à un groupe de travail désigné pour être pris en considération, avant la production d'un projet de règlement, en février 2014. À l'heure d'écrire ces lignes, le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* suivait le processus d'adoption. Sous toutes réserves, la version finale du *Code* devrait être adoptée à la fin 2014 ou au début 2015.

Au moment de présenter l'avant-projet de *Code de déontologie des avocats*, le Barreau avait énoncé son désir de se mettre à l'avant-garde et participer à un « examen de conscience collectif » par l'entremise de l'adoption d'un nouveau *Code de déontologie des avocats*, tel qu'en témoigne un article publié dans *Le Devoir*, le 12 octobre 2013, par le journaliste Claude Lafleur, dans lequel il relate les propos de Me Johanne Brodeur, alors nouvellement bâtonnière. Dans cette entrevue, la bâtonnière fournit plus d'informations au sujet du nouveau projet de *Code de déontologie des avocats*. Elle y soulève notamment que le Barreau avait décidé d'inscrire, en préambule du *Code de déontologie des avocats*, des principes éthiques. Pour reprendre ses termes:

Il s'agit de rappeler nos valeurs [...] ce qu'est un avocat, quelle doit être sa contribution à la société, ce qu'on attend de lui comme qualités personnelles, ce à quoi notre profession devrait aspirer, etc. Ces principes d'éthique, qui ne permettront pas de porter des accusations, donneront cependant le ton et vont nous permettre par la suite d'interpréter la déontologie en regard de ces valeurs (cité par Lafleur, 2013).

À la lumière de ce qui précède, le projet de *Code* semble des plus prometteurs du point de vue de l'éthique professionnelle. En effet, ces principes d'éthique sont novateurs car l'actuel *Code de déontologie des avocats* ne comporte aucun préambule et réfère très peu

aux valeurs ou principes inhérents à la profession d’avocat. Bref, il y a là une évolution. Il s’agit maintenant d’évaluer le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*, notamment eu égard à cette nouvelle possibilité d’interpréter la déontologie au regard de principes et de valeurs. Étudions ce projet d’un peu plus près par la complétion de notre grille et des explications qui s’en suivent.

5.2 Complétion de la grille d’analyse

Exigence d’adhérer à une norme juridique au nom de certains principes

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Caractère prescriptif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Mode de gouvernance fondé sur l’influence plutôt que le contrôle

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Pas du tout **Peu** Moyennement Beaucoup Considérablement

5.3 Justification et explication

Examinons les motifs ou éléments qui ont guidé la complétion de la grille. D'abord, l'exigence d'adhésion à la norme juridique au nom de certains principes se trouve dès le préambule du projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* que nous reproduisons en partie:

ATTENDU QUE l'exercice de la profession d'avocat repose sur la prise en considération des valeurs et principes suivants, dont l'avocat s'inspire en toutes circonstances :

- 1° le respect des règles de droit et le maintien d'un État de droit;
- 2° l'accessibilité à la justice;
- 3° le respect de la personne et la protection de ses droits fondamentaux dont celui de ne pas subir de discrimination ou de harcèlement;
- 4° l'intégrité, l'indépendance et la compétence;
- 5° la loyauté envers le client de même que la protection de ses intérêts légitimes et de la confidentialité des renseignements qui le concernent;
- 6° la collaboration à une saine administration de la justice et le soutien de l'autorité des tribunaux;
- 7° le respect de l'honneur et de la dignité de la profession;
- 8° le respect des membres de la profession de même que de toute autre personne avec qui il coopère dans l'exercice de ses activités professionnelles;
- 9° la prise en considération du contexte social dans lequel le droit évolue.

Ce préambule est un ajout, car le *Code de déontologie des avocats* actuellement en vigueur ne comporte aucun préambule. Cette nouveauté est de taille : selon Me Brodeur, le préambule offre une nouvelle possibilité d'interpréter ou d'apprécier la déontologie au regard de principes et valeurs (cité par Lafleur, 2013). Ainsi, l'avocat s'« inspire » des principes et valeurs énoncés dans le préambule, « dans toutes circonstances ». Il faut noter que ces principes et valeurs sont également repris dans d'autres articles du projet de règlement, ce qui en révèle d'autant plus l'importance (par exemple, voir l'article 4, « l'avocat agit avec honneur, dignité, intégrité, respect, modération et courtoisie », l'article

12²⁹ « L’avocat soutient le respect de la règle de droit », etc.). Compte tenu de ce qui précède, nous avons déterminé qu’il y a bel et bien une obligation d’adhérer à la norme au nom de principes, nous choisissons le qualificatif « beaucoup » pour ce premier critère.

En ce qui a trait au caractère prescriptif de la norme juridique, nous avons également retenu le qualificatif « beaucoup ». En fait, en dépit du préambule, le projet de règlement, à maints égards, constitue une restriction, un commandement, un ordre. Dans la majorité des cas, le contenu de la norme est imposé et sa mise en œuvre est impérative. L’article 1 est d’ailleurs bien clair : « le présent code édicte des devoirs généraux et des devoirs particuliers envers le public, le client, l’administration de la justice et la profession que l’avocat a l’obligation de respecter » (le surligné est de nous). Bref, l’avocat se doit de respecter les devoirs qui lui sont imposés. Le vocabulaire utilisé dans le *Code* est clair et prescriptif : des verbes d’action imposent ou interdisent certains comportements aux avocats. Il serait plutôt fastidieux d’énumérer tous les exemples d’articles prescriptifs que comporte le projet de règlement. À défaut, nous en présentons un aperçu :

7. L’avocat évite toutes les méthodes et attitudes susceptibles de donner à sa profession un caractère de lucre, soit le fait de rechercher un gain avec avidité ou cupidité ou l’utilisation abusive de son statut de membre du Barreau dans le but de s’enrichir.

8. L’avocat qui offre ses services professionnels ne peut, par quelque moyen que ce soit, faire ou permettre que soit faite une représentation qui est fausse ou trompeuse, qui constitue de la coercition, de la contrainte ou du harcèlement ou qui vise à exploiter une personne vulnérable.

9. L’avocat ne doit pas inciter quiconque, directement ou indirectement, de façon pressante ou répétée, à recourir à ses services professionnels.

10. L’avocat ne peut s’attribuer des qualités ou des habiletés particulières, notamment quant à son niveau de compétence ou à l’étendue ou à l’efficacité de ses services professionnels, que s’il est en mesure de les justifier.

14. L’avocat ne doit pas aider ou, par un encouragement ou un conseil, faciliter une conduite qu’il sait ou devrait savoir illégale ou frauduleuse de la part du client.

15. L’avocat ne doit pas cacher ou omettre sciemment de divulguer ce que la loi l’oblige à révéler ou aider qui- conque à cacher ou à omettre de divulguer ce que la loi l’oblige à révéler.

²⁹ Dans sa version finale, l’article 12 du *Code de déontologie des avocats* octroie à l’avocat une possibilité d’apprécier de manière plus critique et autonome son engagement à la règle de droit : cette nouvelle dimension laisse envisager une plus grande la réflexivité et pourrait faire basculer cette initiative vers une loi éthique de type réflexive. Cela dit, il est encore trop tôt pour savoir quel sens sera attribué à cet article.

16. L'avocat ne doit pas provoquer un différend dans le but d'obtenir un mandat ou d'en retirer un avantage pour lui-même ou pour autrui.

Le surligné est de nous et place l'accent sur les actions que l'avocat doit ou non accomplir. Ainsi, le projet de règlement de *Code de déontologie des avocats* relate une série de devoirs et de restrictions, présentés sous forme d'impératifs. La grande majorité des articles débute par « l'avocat », suivi d'un verbe d'action qui détaille le devoir ou le comportement attendu. En somme, l'approche prescriptive se retrouve dans la plupart des articles du projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*. Cela dit, compte tenu toutefois de la perspective plus « inspiratoire » du préambule (« l'avocat s'inspire en toutes circonstances » suivi d'une liste de principes et de valeurs), nous n'avons pas coché le qualificatif « considérablement », mais plutôt « beaucoup ».

De pair avec ce critère, le caractère coercitif et punitif de la norme est « beaucoup » présent. Le projet de règlement comporte plusieurs contraintes, balises, mesures limitatives, qui imposent le comportement à adopter. Rappelons que la coercition est l'action de contraindre quelqu'un à accomplir son devoir, à obéir à une norme. À ce titre, les articles cités précédemment démontrent que le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* force les avocats à agir ou à s'abstenir d'agir, selon le cas. Évidemment, ce constat n'a sans doute rien de surprenant puisqu'il s'agit d'un code de déontologie : de par sa nature même, il vise à contraindre et baliser les comportements. Par-delà les contraintes, le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* demeure plus discret sur les sanctions en cas de manquement, laissant au Syndic et à l'Ordre le soin de les déterminer. Étant donné le caractère coercitif que l'on trouve tout au long du texte, nous indiquons le qualificatif « beaucoup » pour le caractère coercitif et punitif de la norme.

Concernant la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique, nous indiquons « peu ». En effet, les pratiques et les comportements attendus de la part des avocats sont bien détaillés tout au long du projet de règlement de *Code de déontologie des avocats*. Qui plus est, les avocats doivent adhérer

aux principes et aux valeurs présentés dans le préambule, ainsi que dans divers articles, pour s'en « inspirer en toutes circonstances ». Le jugement critique, autonome et réflexif n'est pas mentionné. Dans son ensemble, le projet de règlement laisse peu d'autonomie professionnelle. En fait, l'article 1 cité précédemment, annonce clairement que le *Code de déontologie des avocats* ne cherche pas à fournir des recommandations ou octroyer des conseils : il balise et impose des obligations, des comportements à adopter ou à éviter. En ce sens, le *Code* « contrôle » les comportements des avocats et révèle du coup son caractère coercitif et prescriptif. Conséquemment, le mode de gouvernance est fondé sur le contrôle et la possibilité de définir, ou redéfinir, les pratiques est très « peu » présente. L'unique raison pour laquelle nous n'avons pas indiqué « pas du tout » pour ce dernier critère est que le préambule prévoit que l'avocat s'inspire de principes et valeurs pré-établis, en toutes circonstances. Dans une certaine mesure, le jugement de l'avocat est sollicité par la mise en œuvre de ces valeurs et principes, selon la situation réelle vécue par ce dernier.

5.4 Conclusion

En conclusion, notre étude du projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* révèle qu'il correspond à une approche principiste (particulièrement en raison de son préambule), bien qu'il puisse aisément s'associer également à une vision traditionnelle du droit. Cette conclusion nous apparaît sans grande surprise puisqu'à la base, un code de déontologie a pour fonction de baliser et moduler le comportement des membres d'une profession. Cela dit, si le Barreau désire véritablement compléter un « examen de conscience collectif » et s'engager dans une réflexion éthique, il faudrait octroyer une plus grande autonomie à ses membres et éviter de glisser dans un langage impératif pour favoriser ou encourager certains comportements.

Évidemment, la cohabitation dans un même texte d'un registre à la fois déontologique et réflexif peut s'avérer délicate. Dans le projet de règlement proposé, en dépit du préambule et de l'ajout de valeurs et principes à certains articles, le langage impératif domine. Le texte dicte les comportements des avocats. Il est peu question d'aspiration,

d'incitation et de pratique réflexive, mais plutôt d'impératifs et d'obligations. Le projet de règlement ne fait aucunement mention d'un idéal de meilleure pratique pour les membres, bien qu'il énonce des principes et des valeurs prédéterminés. Dans son ensemble, il n'y a aucun doute que le projet de règlement impose un cadre normatif qui balise de manière rigoureuse et impérative la pratique des avocats, par l'imposition de devoirs/obligations. Il incarne certes une approche principiste, mais, à notre avis, il ne parvient pas à actualiser une approche plus réflexive en éthique, en dépit peut-être des intentions initialement exprimées par le Barreau et la bâtonnière. Pour notre part, afin de compléter notre étude de textes législatifs, penchons-nous maintenant sur la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

6 *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*

6.1 Description

La *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, adoptée le 20 février 2014, à l'Assemblée nationale, remplacera le *Code de procédure* actuel, en 2015. Dans tout système démocratique, le *Code de procédure* constitue un texte légal fondamental au sein du système judiciaire. Il régit les règles entourant les litiges et vise à « faire apparaître le droit » (article 2, C-25). Tel que l'on pouvait déjà lire dans les notes explicatives du projet de loi n° 28 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, les principaux objectifs étaient: « d'assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure, l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre et le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice » (2013c). Selon les commentaires du Barreau du Québec, ces objectifs sont interreliés et doivent être considérés comme un ensemble « équilibré et socialement acceptable » (Le Barreau, 2013). En ce sens, on disait déjà au sujet du projet de loi n°28 qu'il constituait « un changement de culture qui aura des répercussions tant dans les tribunaux que dans la vie de tous les jours des citoyens » (Le Barreau, 2013).

Sans l'ombre d'un doute, selon le Barreau, « ce qui fonde le changement de culture de la justice civile se retrouve principalement dans l'obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends avant de se tourner vers les tribunaux » (Le Barreau, 2013). La *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* propose en effet un ensemble de règles, dont certaines portent expressément sur les modes privés de prévention et de règlement des différends [ci-après PRD]. Dans notre présente étude, celles-ci retiendront tout particulièrement notre attention.

En effet, l'adoption de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* constitue une initiative sans précédent qui instaure et officialise les modes de PRD, au Québec. Tel que le précisait déjà le législateur aux notes explicatives, par l'entremise du projet de loi n° 28, il entendait : « [...] affirmer l'existence des modes privés et volontaires de prévention et de règlement des différends, d'inciter les parties à considérer le recours à ces modes avant de s'adresser aux tribunaux et à coopérer activement dans la recherche d'une solution et, le cas échéant, dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire » (Assemblée nationale du Québec, 2013c).

Pour les fins de la présente thèse, nous nous concentrerons sur les premiers articles de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* qui énoncent que les parties doivent désormais considérer le recours aux modes de PRD avant de s'adresser aux tribunaux et idéalement, chercher à coopérer activement dans la recherche d'une solution. Ces extraits demeurent extrêmement novateurs et pertinents dans le cadre de notre présente démarche. C'est la raison pour laquelle nous avons complété notre grille à partir d'une étude détaillée des articles 1 à 7, contenus sous le titre 1, intitulé *Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends*, de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

6.2 Complétion de la grille d'analyse

Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Caractère prescriptif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Caractère coercitif et punitif de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	------------	-------------	----------	------------------

Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	----------	-------------------------

Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	-----------------	------------------

Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques

Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
-------------	-----	-------------	----------	-------------------------

6.3 Justification et explication

Pour le premier critère, soit l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, nous retenons le qualificatif « peu ». Il faut d'entrée de jeu préciser que le recours aux modes de PRD, prévu au titre 1, est complètement facultatif : la décision est laissée aux parties intéressées. L'engagement est conséquemment « volontaire », tel que le fixe l'article 2. Si et seulement si les parties décident d'y participer, alors elles devront le faire selon certains principes énumérés: elles devront faire preuve de « bonne foi », agir de manière « transparente l'une envers l'autre », chercher activement à « coopérer » dans la recherche de la solution et, s'il y a lieu, « coopérer » dans l'élaboration et l'application d'un protocole préjudiciaire. Ainsi, l'article 2, alinéa 1, prévoit quelques principes qui s'appliquent seulement dans les cas où les parties choisissent de prévenir ou régler un différend selon l'un des modes de PRD. L'exigence d'adhésion est donc assouplie et tributaire du choix volontaire des parties. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 2 prévoit que les parties doivent « veiller à ce que les démarches qu'elles entreprennent demeurent proportionnelles quant à leur coût et au temps exigé, à la nature et à la complexité de leur différend ». Elles doivent donc mettre en œuvre le principe de proportionnalité dans leurs démarches. Bien que l'article 2 comporte quelques principes, l'adhésion demeure complètement optionnelle : elle est subordonnée au choix des parties de s'engager ou non dans un mode de PRD, par l'entremise du travail d'un tiers. Pour cette raison, nous déterminons que le premier critère, soit l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes est « peu » présente dans le titre 1 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

Parallèlement à cette première observation, force est de reconnaître que les caractères prescriptif, coercitif et punitif de la norme juridique sont tous « peu » actualisés dans les premiers articles du titre 1. En effet, de nouveau, les principaux destinataires de la norme, soit les parties en conflit, choisissent *volontairement* de s'engager dans une procédure de PRD. La seule contrainte qui leur est véritablement imposée est qu'elles doivent faire ce choix avant de s'adresser aux tribunaux (article 1, alinéa 1). L'obligation que leur impose le législateur à cet égard est limitée : elles ne sont pas tenues à une exigence plus élevée

que de « considérer » le recours aux modes de PRD (article 1, alinéa 3). Dit autrement, elles ne doivent pas impérativement rencontrer un médiateur ou suivre une formation sur la médiation, tel que l'impose, par exemple et à titre comparatif, l'article 814.3 du *Code de procédure civile* en vigueur, en 2014 :

[...] aucune demande mettant en jeu l'intérêt des parties et celui de leurs enfants ne peut être entendue par le tribunal, lorsqu'il existe entre les parties un différend relativement à la garde des enfants, aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, à moins que les parties n'aient préalablement participé à une séance d'information sur la médiation et qu'une copie du rapport du médiateur ou, le cas échéant, d'une attestation de participation n'ait été produite au moment de l'audience.

Cela dit, si les parties choisissent d'avoir recours aux modes de PRD et qu'elles font appel à un tiers, le législateur impose à celui-ci quelques obligations. À titre indicatif, ce dernier « doit être en mesure d'agir avec impartialité et diligence et de le faire selon les exigences de la bonne foi » (article 3, alinéa 2). De plus, sa responsabilité est limitée s'il agit bénévolement ou dans un but désintéressé (article 3, alinéa 2). Enfin, il s'engage à « préserver la confidentialité de ce qui est dit, écrit ou fait dans le cours du processus, sous réserve de leurs ententes sur le sujet ou des dispositions particulières de la loi ou de leur propre recours aux tribunaux » (article 4).

Mais là s'arrête la force prescriptive et coercitive de la norme car les parties qui ont recours à un mode de PRD déterminent, avec le tiers, le cas échéant, « la procédure applicable au mode qu'elles ont choisi » (article 6). Bref, la norme juridique ne contraint pas les parties: elles jouissent d'une grande liberté en ce qui concerne l'option de recourir aux modes de PRD et de déterminer les procédures qui les lieront. Pour l'ensemble de ces raisons, nous avons retenu le qualificatif « peu » pour les caractères prescriptif, coercitif et punitif de la norme juridique.

Dans la même veine, force est de constater que les premiers articles de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* offrent aux parties une liberté et une autonomie véritable. Elles peuvent, si elles le désirent et d'un commun accord, s'engager dans un

règlement de leur différend selon l'un des modes de PRD (article 1) et en déterminer les procédures (article 6). Dans le cas contraire, elles s'en remettent aux tribunaux selon les procédures prévues aux autres sections de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. C'est la raison pour laquelle nous estimons que la possibilité de mener une réflexion de manière autonome est « considérablement » présente dans le titre 1 de la loi.

Corrélativement, le mode de gouvernance nous apparaît « beaucoup » plus fondé sur l'influence que le contrôle : le législateur invite et permet aux parties de coopérer dans la prise en charge et la résolution de leur différend grâce aux modes de PRD. Nous n'allons toutefois pas au-delà du qualificatif « beaucoup » puisque le législateur, en imposant certains comportements et obligations, notamment eu égard au tiers (article 5), vient tout de même contrôler et dicter les comportements, mais de manière circonscrite. Dans cette perspective de souplesse et d'ouverture qui se dégage des articles contenus sous le titre 1, nous retenons l'adjectif « considérablement » pour la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques. Effectivement, non seulement les parties peuvent choisir de s'engager dans le règlement par l'entremise des PRD, mais elles peuvent également choisir quel mode leur convient le mieux (médiation, arbitrage ou négociation) et même, déterminer la procédure qui leur sera applicable. C'est pourquoi nous choisissons le qualificatif « considérablement » pour la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques.

6.4 Conclusion

À la lumière de notre analyse, il appert que l'étude des articles 1 à 7, contenus sous le titre 1, intitulé *Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends*, de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, mobilisent véritablement une éthique plus réflexive. Ces articles octroient en effet une véritable autonomie aux destinataires de la norme, et tout particulièrement, aux parties ayant un différend, soient les principaux destinataires de la norme. Le recours aux modes de PRD demeure toutefois une approche alternative, bien que sa prise en « considération » soit obligatoire (article 1, alinéa 3). Or, en l'absence de modalités plus précises quant à cette prise en « considération », nous pouvons affirmer qu'une simple

évocation jumelée d'un refus de l'une des parties à s'engager dans l'un des modes de PRD pourrait suffire à s'affranchir de celle-ci. En ce sens, l'obligation est très facile à remplir et ne contraint pas beaucoup les parties, tout en leur laissant beaucoup de liberté, si elles choisissent de se tourner vers l'un ou l'autre des divers modes de PRD.

7 Conclusion

Le présent chapitre nous a fourni l'occasion de mettre en oeuvre notre grille d'analyse afin de nous pencher sur une des transformations du droit, soit les lois éthiques. Nous avons ainsi concrètement apprécié la teneur des lois éthiques québécoises suivantes: 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

Au terme de ce parcours, nous sommes à même d'affirmer que peu de ces lois comportent véritablement des composantes éthiques, dans une dimension réflexive (1 sur 4). Bien que notre échantillon soit restreint, force est de constater à la lumière de ce qui précède que l'éthique, comprise comme une réflexion critique, demeure peu incarnée dans les textes législatifs étudiés. L'autonomie et la réflexion des destinataires des normes sont peu favorisées. Les normes étudiées en appellent en revanche à la prescription, la coercition et la sanction, et ce, dans une perspective déontologique et positiviste du droit. Ainsi, elles correspondent plutôt au modèle traditionnel du droit, soit un modèle autoritaire, coercitif, prescriptif et punitif, tout en relevant parfois une posture principiste.

Trois des lois étudiées s'associent au modèle traditionnel du droit ou à l'approche principiste. Il s'agit de : 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*. La complétion de notre grille pour ces textes révèle une exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, de « peu » à « considérablement ». C'est à l'égard de ce premier critère qu'il y a le plus d'écart. Ceci s'explique simplement : deux textes comportent des exigences d'adhérer à des normes au nom de principes et en cela,

ils comportent une forme d'éthicisation, circonscrite à l'approche principiste. Il s'agit de la *Loi concernant les soins de fin de vie* et du projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*. Quand à la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, elle s'apparente clairement au modèle traditionnel du droit et fait peu appel à des principes.

Mis à part la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* sur laquelle nous reviendrons plus loin, tous les textes se sont qualifiés de « beaucoup » à « considérablement » en ce qui concerne les caractères prescriptif, coercitif et punitif de la norme. Sans grande surprise, la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique se trouve « peu » présente pour la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* et le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et « moyennement » pour la *Loi concernant les soins de fin de vie*. Quand au mode de gouvernance, il demeure « pas du tout » ou « peu » fondé sur l'influence plutôt que le contrôle, ce qui correspond de nouveau à une vision plus traditionnelle du droit. Enfin, inversement, la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques est « peu » accessible dans les trois premiers textes étudiés, ce qui se révèle tout à fait compatible avec le constat posé précédemment, à savoir que les trois premiers textes législatifs analysés incarnent une vision plus traditionnelle du droit. Dans deux cas, la loi est éthiciisée, mais uniquement dans une perspective principiste et non une perspective réflexive (*Loi concernant les soins de fin de vie* et projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*).

Quant au dernier texte analysé, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, elle se démarque des autres textes. En effet, il s'agit du seul texte législatif qui offre véritablement une possibilité de s'engager dans une démarche éthique, d'une manière plus réflexive (« considérablement »). Il comporte « peu » d'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, ainsi qu'un caractère « peu » prescriptif, coercitif et punitif. Le mode de gouvernance est fondé sur l'influence plutôt que le contrôle (« beaucoup ») et il offre « considérablement » la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques. Précisons de nouveau que ces constats valent uniquement pour le titre 1, intitulé *Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et*

de règlement des différends. Il s'agit de la seule section que nous avons analysée et par conséquent, notre conclusion ne pourrait s'appliquer aux autres sections de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

Dans cette première section, la possibilité de s'engager dans une démarche en PRD, selon les modalités déterminées par les parties, octroie une véritable autonomie aux destinataires de la norme qui sont invités à s'engager dans une réflexion et s'entendent sur les procédures qu'ils jugent adéquates pour la résolution de leur différend. Il y a là une réelle occasion de réflexion et de co-construction de la solution au litige. Il est à noter que cette composante éthique est présentée en alternative au droit: les modes de PRD pourront être retenus par les parties afin de régler un différend, après « considération », si et seulement si elles le souhaitent.

De par son caractère novateur et de sa posture épistémologique qui ressort suite à l'application de notre grille, cette loi retient plus particulièrement notre attention. En fait, elle met en lumière plus fondamentalement la question de la relation entre le droit et l'éthique : devrait-elle s'envisager de manière complémentaire ou subsidiaire? Dans la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, la position semble claire : le premier titre présente une alternative au droit. Cette alternative est librement choisie par les parties. À défaut, les articles contenus dans les sections subséquentes s'imposent. Étant donné l'importance que revêtent ces remarques dans le contexte de notre recherche, nous reviendrons plus longuement sur la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, au chapitre 4. En effet, au terme de cette démarche plus empirique, il nous apparaît important de revenir à une analyse plus théorique au chapitre 4, pour aborder la question de la relation droit/éthique. À cette fin, nous présenterons une typologie tripartite de celle-ci: la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence préalable au droit. À la suite de cet exposé, il sera plus aisé de présenter notre réponse quant aux conditions de validité conceptuelle des lois éthiques.

CHAPITRE 4

1 Introduction

Le chapitre 3 a été l'occasion de déployer notre grille d'analyse afin d'éclairer l'arrière-plan des lois éthiques québécoises suivantes: 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Comme notre analyse a permis de le constater, peu des textes législatifs étudiés comportaient véritablement des composantes éthiques, dans une dimension réflexive (en fait, 1 seul texte sur 4). C'est donc dire que les textes analysés se fondent sur la prescription, la coercition et la sanction, et ce, dans une perspective déontologique et positiviste du droit, malgré l'appellation éthique que certains accolent à ces lois. En cela, l'autonomie et la réflexion des destinataires des normes sont peu présentes.

Seule exception au sein de l'échantillon étudié, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* se distingue des autres textes, puisqu'elle offre véritablement aux destinataires une possibilité de s'engager dans une démarche éthique réflexive, par l'alternative des modes de règlement des différends. Elle comporte peu d'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes et présente un caractère peu prescriptif, coercitif et punitif. Elle est fondée sur l'influence plutôt que le contrôle et elle offre la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques. Précisons que ces constats valent uniquement pour le titre 1, intitulé *Les principes de la procédure applicable aux modes privés de prévention et de règlement des différends*. Il s'agit de la seule section que nous avons analysée, puisqu'on y trouve les modalités qui mettent en place les modes de PRD, afin de résoudre un conflit.

Puisqu'il est le seul à être associé à une éthicisation du droit dans une approche réflexive, le titre 1 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* retiendra davantage notre attention dans ce présent chapitre. Il nous permettra en effet de pousser plus loin notre

analyse de la relation entre le droit et l'éthique. Celle-ci devrait-elle s'envisager comme une relation de complémentarité ou de subsidiarité? Est-ce qu'une option est plus viable que l'autre? Quels risques sont associés à celles-ci? Ce sont ces questions que nous approfondirons dans le présent chapitre. Par l'entremise de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, le législateur propose les modes de règlement des différends en tant qu'alternatives au droit. Les modes de règlement des différends sont librement choisis par les parties. Si les parties les refusent, les articles contenus dans les sections subséquentes du *Code* s'appliquent. Nous partirons de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* pour poser plus largement la question suivante : comment envisager la relation existant entre le droit et l'éthique, au sein de nos sociétés?

Pour répondre à cette question, nous reviendrons sur les constats empiriques posés au chapitre précédent, pour ensuite nous engager à un niveau plus théorique. À ce titre, nous mènerons d'abord une discussion à partir des résultats de notre étude portant sur les lois éthiques. Plus précisément, la première section étayera les principaux résultats de notre étude pour poser quelques constats et enjeux relatifs à l'adoption des lois éthiques, essentiellement par l'étude de textes publiés par le Barreau du Québec, à l'égard du projet *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, qui a mené à l'adoption de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Par la suite, nous aborderons la question de la relation entre le droit et l'éthique, sous l'angle de la complémentarité, de la subsidiarité et de la compétence éthique comme préalable au droit. Pour ce faire, nous mobiliserons notamment les écrits de Boisvert et al. (2003) sur les modes de régulation et leur interaction au sein de nos sociétés.

Cette démarche nous amènera tout naturellement à répondre à notre question de recherche portant sur la validité conceptuelle des lois éthiques. Nous démontrerons, à l'aide du cadre conceptuel déployé dans les chapitres précédents, qu'il est aisé d'envisager un ancrage théorique du point de vue de l'éthique à l'éthicisation du droit lorsque celle-ci s'articule selon l'approche principiste. Quant à l'éthicisation du droit selon une approche réflexive, nous soutiendrons qu'étant donné l'écart qui sépare le droit et l'éthique réflexive, ce rapprochement est plus difficile. Afin d'éviter de perdre la spécificité de

l'éthique définie dans une perspective plus réflexive, il nous apparaît préférable de redéployer l'éthique et le droit de manière autonome et complémentaire dans ces cas. Ce redéploiement aurait pour avantage de réduire les risques de glissements réels relatifs à la substitution, tel que la juridicisation de l'éthique. Par conséquent, nous défendrons la thèse suivante, à savoir que le droit et l'éthique comprise dans une perspective réflexive, méritent de demeurer distincts et complémentaires. À la suite de notre exposé, nous formulerons quelques remarques plus générales au sujet de la validité des lois éthiques. Enfin, nous soulignerons quelques limites et pistes de recherche, avant de conclure.

2 Discussion sur les lois éthiques québécoises analysées

Au chapitre 3, nous avons appliqué une grille d'analyse construite à l'aide des paramètres du droit, de la philosophie et de la sociologie, afin d'éclairer l'éthicisation du droit. La construction d'un tel outil apparaissait nécessaire dans le contexte de confusion générée par les transformations récentes du droit, tel que démontré au chapitre 2. Ainsi, nous avons élaboré une grille d'analyse, puis sélectionné quatre textes législatifs québécois, en fonction des critères expliqués à la section méthodologie du chapitre précédent. Dans les sections suivantes, nous mènerons une discussion au sujet des résultats obtenus. Nous débuterons par un rappel succinct des principaux résultats de notre recherche et nous formulerons, à partir de ceux-ci, quelques remarques préliminaires.

2.1 Principaux résultats

Dans un premier temps, voici un résumé des résultats obtenus au chapitre 3, présenté sous forme de tableau :

Résultats de l'application de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit

Texte législatif Posture épistémologique	Modèle traditionnel du droit	Éthicisation du droit (approche principiste)	Éthicisation du droit (approche réflexive)
<i>Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale</i>	X		
<i>Loi concernant les soins de fin de vie</i>		X	
Projet de règlement <i>Code de déontologie des avocats</i>		X	
<i>Loi instituant le nouveau Code de procédure civile</i>			X

Ce tableau nous permet de constater en un coup d'œil que la moitié des lois éthiques étudiées sont associées à l'éthicisation du droit, selon une approche principiste. Un seul texte est éthicisé dans une approche réflexive. Il s'agit de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Finalement, une seule loi s'apparente au modèle du droit traditionnel, et ce, en dépit de son libellé dans lequel le terme éthique est utilisé. Il s'agit de la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*.

À cet égard, il est intéressant ici de souligner que l'application de la grille d'analyse confirme qu'au delà du libellé des lois, il s'agit véritablement du contenu de celle-ci qui en détermine l'orientation (libellé versus usage). Dit autrement, une simple lecture du titre de la loi ne nous permet pas de connaître l'orientation de celle-ci. En fait, elle peut même nous induire en erreur. En ce sens, nos résultats de recherche sont révélateurs: le seul texte législatif étudié qui porte en son nom même le terme « éthique », soit la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, est classé sous la rubrique du modèle

traditionnel du droit. Parallèlement, le seul texte impliquant une éthique plus réflexive est la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* qui ne porte aucunement la mention éthique en son titre. En fait, celui-ci présente la procédure civile, qui peut en fait, de prime abord, sembler bien loin de l'éthique. Or, l'étude du titre 1 nous révèle l'inverse. Ainsi, ces exemples nous permettent de saisir qu'une approche simplement littéraire (en se fondant par exemple uniquement sur la lecture de son titre) peut engendrer un quiproquo; ce qui explique sans doute la confusion engendrée par les transformations du droit, décrites au chapitre 2 et dénoncées par certains auteurs (Bégin, 2009 et 2011b; Goyard-Fabre et Sève, 1986 ; Issalys, 1992 ; Mockle, 2002 et 2007; Ost et Van de Kerchove, 2002 ; Zabregelsky, 2000).

Mais une question se pose au sujet de la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*: s'il s'agit d'une loi uniquement à caractère déontologique, associée au modèle traditionnel du droit, pourquoi le législateur a-t-il choisi de l'appeler ainsi? Plus précisément, pourquoi l'ajout du terme « éthique » dans son titre? Le législateur aurait pu simplement choisir un libellé tel *Loi sur la déontologie en matière municipale*, ce qui aurait, disons-le, été plus conforme à l'orientation de cette dernière. À cet égard, Dubreuil (2011) fournit une explication éclairante. Il rappelle plus largement le contexte politique québécois entourant l'adoption de la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale* en ces termes :

Une seconde phase de renforcement du dispositif de l'éthique québécois est survenue plus récemment, en 2010, dans la foulée d'une série d'allégations de collusion et de corruption (entre autres dans l'attribution des contrats publics dans l'industrie de la construction), ayant touché le milieu politique municipal et le gouvernement du Parti libéral du Québec (au pouvoir depuis 2003). Cette suite de scandales a conduit à l'adoption de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale²¹, obligeant chacune des municipalités du Québec à se doter de codes d'éthique et de déontologie, aussi bien pour les élus que pour les employés municipaux, de même qu'à l'adoption du Code d'éthique et de déontologie des membres de l'Assemblée nationale²² et la création d'un poste de Commissaire à l'éthique et à la déontologie chargé d'en assurer l'application (Dubreuil, 2011, p. 89).

Ainsi, selon Dubreuil (2011), ce serait essentiellement pour apaiser l'opinion publique face aux scandales qui secouent le monde municipal que le législateur québécois se serait doté de cette loi et choisit un titre qui comporte le terme « éthique ». Pour mieux appuyer les prétentions de Dubreuil, nous pouvons rappeler que les réformes dans le domaine de l'éthique, c'est-à-dire la mise en place d'une infrastructure en éthique ou en déontologie, s'inscrivent plus souvent qu'autrement dans la foulée de scandales ayant secoué une classe politique (Rosenson, 2005). Ces explications peuvent illustrer pour quelle raison le législateur a ajouté le terme « éthique » dans le libellé de sa loi : par cet ajout, il a voulu se donner une bonne image et chercher à dépasser la crise qui afflige le monde municipal québécois³⁰.

Autre fait marquant que nous pouvons faire ressortir à la lecture du tableau des résultats, est que le seul texte qui implique une éthique plus réflexive est la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Au Québec, le *Code de procédure* comporte l'ensemble des règles qui déterminent le déroulement d'une instance devant les tribunaux judiciaires québécois, c'est-à-dire l'ensemble des tribunaux, sauf les tribunaux administratifs. Ces règles encadrent les droits et obligations des demandeurs, des défendeurs et des tribunaux. Aussi, il est surprenant de constater que le nouveau projet de *Code* est éthicisé dans une approche réflexive. Qui plus est, il constitue la seule loi éthique éthicisée selon cette approche, dans notre échantillon de lois éthiques analysées. En fait, le cas de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* est riche et mérite plusieurs commentaires. Il se révèle central à notre analyse des lois éthiques. L'intérêt que nous portons à ce projet de loi s'explique d'une part par le fait qu'il s'agit du seul texte dans nos résultats qui soit éthicisé selon une approche réflexive et d'autre part, cet intérêt est rehaussé par le rôle fondamental qu'occupe le *Code de procédure civile* dans le système judiciaire québécois. Par conséquent, nous y revenons dans ce chapitre afin d'approfondir notre réflexion à son égard.

³⁰ Sans aller dans les détails, soulignons que le monde municipal québécois traverse depuis plusieurs mois une crise profonde. À ce titre, la *Commission Charbonneau* a permis de brosser un portrait général, exemples à l'appui, de la corruption dans le monde municipal.

2.2 *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*

Bien que nous ayons déjà expliqué au chapitre 3 les motifs pour lesquels nous avons retenu la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* au nombre des textes législatifs à l'étude dans la présente thèse, il nous apparaît important de revenir rapidement sur ces raisons, afin d'en étayer les points saillants à notre analyse. C'est le libellé de l'article 5 de l'avant-projet de loi qui avait d'abord attiré notre attention, lequel article octroyait une liberté inégalée aux parties. Les parties pouvaient en effet décider de régler leur différend par « des normes et [...] des critères autres que ceux du droit » (Assemblée nationale du Québec, 2011b). Il y avait là une liberté et une ouverture sans précédent. Bien que l'article 5 ne se retrouve plus ni dans le projet de loi n°28, ni dans la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, les versions subséquentes offrent encore une liberté inédite aux parties, soit celle de s'engager dans les modes de règlements des différends, selon les modalités qui leur conviennent, avant de solliciter un recours traditionnel devant les tribunaux. La médiation, bien comprise, ouvre cette voie. Ainsi, nous voyons bien que ces textes législatifs innovent et s'engagent dans des sentiers peu empruntés auparavant. Ceci nécessite de surcroît notre attention étant donné l'ouverture mise ainsi de l'avant de la part du législateur. Mais quel contexte a mené à l'adoption de ces textes novateurs?

D'entrée de jeu, soulignons que ces documents législatifs s'inscrivent dans le cadre d'une réforme de la procédure civile au Québec. La difficulté d'accès au système de justice, au Québec, avait fait l'objet d'un rapport d'évaluation du ministre de la Justice, dès 2006 (Le Barreau, 2013b). Au cœur des préoccupations se trouvait la promotion de l'entente entre les parties sur le déroulement de l'instance, ainsi que l'utilisation accrue de la conférence de gestion de l'instance. Ces modalités « sont apparues comme des pistes importantes de solution et d'amélioration favorisant un meilleur accès à la justice pour les citoyens » (Le Barreau, 2013b). C'est ainsi que la réforme de la procédure civile actuelle « s'inscrit dans la tendance nationale et internationale qui mise davantage sur le principe de la proportionnalité et le mécanisme de la gestion d'instance pour améliorer l'accès aux tribunaux » (Le Barreau, 2013b). L'accès à la justice constitue une priorité. Nous y

reviendrons sous peu. Pour l'heure, nous pouvons constater que l'importance que revêt l'actuelle réforme de la procédure civile au Québec demeure indéniable.

Afin d'alimenter notre discussion, nous proposons d'étudier quelques textes officiels publiés par le Barreau, au sujet du projet de loi n°28³¹. Au Québec, le Barreau est l'ordre professionnel des avocates et des avocats et vise, comme tous les ordres professionnels, la protection du public d'abord. Le 13 septembre 2013, par l'entremise d'un communiqué publié dans le site Web du Barreau du Québec, celui-ci affirmait que le projet de loi n°28, *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* s'inscrit littéralement dans un « changement de culture » devenu « nécessaire » (Le Barreau, 2013a). Non seulement le Barreau du Québec accueille favorablement ce projet de loi, mais « constate que celui-ci induit, à l'égard de la justice civile, un changement de culture qui aura des répercussions tant dans les tribunaux que dans la vie de tous les jours des citoyens » (Le Barreau, 2013a). Celui-ci « [...] jette les bases d'une culture générale de la justice civile davantage axée sur la communication, la collaboration et la négociation pour rechercher des solutions aux litiges, via le recours aux modes privés de résolution de conflit ou aux tribunaux » (Le Barreau, 2013a), selon la bâtonnière du Québec, Me Johanne Brodeur, en commission parlementaire.

Ces premiers extraits révèlent l'importance des transformations que propose le nouveau *Code de procédure civile*. Par son entremise, le législateur souhaite changer de manière fondamentale la culture juridique, au Québec. Du modèle plus traditionnel du droit (autorité, coercition et sanction), il s'oriente vers une culture qui mise sur la « communication, la collaboration et la négociation ».

Ce changement de culture fait appel au dialogue, et ce, auprès de divers acteurs. Il vise certes l'ensemble des juristes, mais également des citoyens : toutes les parties seront appelées à collaborer. Pour leur part, s'ils le désirent, les citoyens choisiront un mode de PRD susceptible de les aider à régler leur différend et en détermineront les modalités. En

³¹ Mentionnons que les premiers articles du projet de loi et de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* sont identiques.

ce sens, les citoyens jouissent, sous cette nouvelle mouture du *Code de procédure*, d'un rôle accru. Plus largement, les changements que propose le *Code de procédure civile* touchent à « la vie en société » et « constitue un dossier d'intérêt public majeur qui se situe au-delà des considérations partisans » (Le Barreau, 2013a).

La réforme du *Code de procédure* vise en effet trois grands objectifs : 1) l'accès à la justice, 2) l'efficacité du système judiciaire et 3) la qualité de la justice. Pour le Barreau, « ces objectifs sont inter-reliés et doivent être considérés comme un ensemble équilibré et socialement acceptable » (Le Barreau, 2013a). Au nombre de ces objectifs, l'accès à la justice retient particulièrement notre attention. D'abord, il s'agit d'une des raisons centrales pour laquelle la réforme de la procédure civile a été amorcée. Qui plus est, nous avons vu, dans la présente thèse, que le manque d'accès à la justice est dénoncé par plusieurs auteurs. Certains affirment que le système de justice devient inaccessible (Otis, 2005), tandis que d'autres s'expriment carrément en termes d'« insuffisances » et d'« inefficience » du droit à coordonner ou gérer le vivre-ensemble (Génard, 2000, Lajoie, 1998 ; Lalonde, 2011 ; Legault 2002-03 et 2004b; Lacroix, 2002-03 et 2011 ; Habermas, 1978 et 1997; Issalys, 1992 ; Otis, 2005 ; Perelman, 1984 ; Sousa Santo, 1987 ; Terré, 2007 ; Thibierge, 2009 ; Zabregelsky, 2000). Bref, les difficultés liées à l'accès à la justice, et plus largement, au système de justice lui-même, animent les réflexions et sont qualifiées dans la littérature scientifique, telles qu'exposées précédemment dans cette thèse.

Par-delà les dénonciations des auteurs, on accuse également régulièrement le système de justice de comporter plusieurs entraves qui minent l'accès à la justice (délais, coûts, complexité, etc.), de sorte que le citoyen se trouve démuné et sans accès « à la justice ». Quotidiennement, les citoyens, les médias et les politiciens dénoncent le piètre état du système judiciaire, notamment en matière d'accessibilité. À titre d'illustration, nous pouvons citer un exemple canadien qui fait couler beaucoup d'encre depuis 18 ans. Il s'agit de l'affaire *Robinson*. Dans celle-ci, les délais, les frais et la lourdeur des procédures ont mis à rude épreuve le demandeur, Claude Robinson en plus de choquer plusieurs citoyens et experts, tel qu'en témoigne l'actualité relative à cette affaire. Le 23 décembre

2013, plusieurs attendaient avec impatience la décision de la Cour suprême qui a finalement tranché le litige³². Dans un jugement unanime, la Cour suprême donne raison à Robinson sur le fond et confirme qu'il a été victime de violation de droits d'auteur. Robinson a donc obtenu gain de cause, mais il n'est pas au bout de ses peines, puisque la Cour tient certes responsables les individus et les entreprises visés de payer les sommes en cause, mais pas de manière solidaire. Cette précision a des répercussions sur le demandeur : il devra solliciter chacun de ses débiteurs et espérer qu'ils seront coopératifs et rembourseront les sommes dues. Dans le cas contraire, il devra engager d'autres recours devant les tribunaux. Ainsi, l'affaire *Robinson* suscite indignation et mécontentement puisqu'elle met bien en évidence toute la difficulté d'accès à la justice liée aux insuffisances du droit, qui s'apprécient ici en termes de délais, lourdeurs et de coûts qui ont pour effet d'épuiser le demandeur.

L'inaccessibilité à la justice trouve également écho dans la classe politique. Il s'agit d'un problème reconnu par bon nombre de politiciens, et ce, depuis plus d'une décennie. Par exemple, l'ancien ministre de la Justice, Serge Ménard, dès 1998, dans son allocation d'ouverture au colloque *Accessibilité à la justice: réforme de la Cour des petites créances* s'exprimait ainsi : « L'accessibilité à la justice demeure, en matière civile, le plus grand problème que l'on ait à résoudre quand on parle de justice » (Ménard dans Dufresne, 1999). C'est d'ailleurs en réponse à cette situation alarmante, qu'il y a quelques années, le gouvernement libéral avait pris des moyens pour tenter d'atténuer, voire de remédier, au problème d'accès au système de justice par l'adoption d'un *Plan Accès justice*³³ et du projet de loi n°28 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, dont il a été amplement question dans la présente thèse.

³² *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73.

³³ «Présenté le 29 septembre 2011 par le ministre de la Justice, M. Jean-Marc Fournier, le Plan Accès Justice prévoyait une série de mesures pour simplifier le processus judiciaire, diminuer les coûts et les délais de justice, tout en augmentant la capacité des tribunaux à entendre des causes et à rendre des jugements. Des modifications législatives et réglementaires ont été apportées pour contribuer à l'atteinte de ces objectifs». (Justice Québec, <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministre/paj/accueil.htm>) Consulté le 5 septembre 2014.

Mentionnons de nouveau que l'objectif même de la réforme du *Code de procédure civile* est précisément d'améliorer « l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure », tel que nous pouvons le lire dans les notes explicatives de la dite loi. Ainsi, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* entend modifier le paysage juridique actuel pour rehausser l'accès à la justice, l'efficacité du système judiciaire et la qualité de la justice. Elle le fait, essentiellement par l'entremise des modes de PRD. En effet, un des changements notables proposés par la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, est l'inclusion des modes de PRD : « ce qui fonde le changement de culture de la justice civile se retrouve principalement dans l'obligation de considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement des différends avant de se tourner vers les tribunaux » (Le Barreau, 2013a).

Avec un certain recul, nous remarquons plus largement que le droit entend ici régler ou pallier au problème d'accessibilité qui l'afflige par l'entremise d'une alternative officielle, soit l'inscription des modes de PRD à son *Code de procédure civile*. Par la réforme de la procédure civile au Québec, dans laquelle s'inscrit la refonte du *Code de procédure civile*, le législateur officialise l'alternative suivante au droit : les parties pourront régler leur différend par les modes de PRD, et ce, avant même le tout début des procédures civiles (elles doivent « considérer » ce recours). Le législateur officialise l'accès aux modes de PRD par l'entremise du titre 1, bien que les modes de PRD, disons-le, aient toujours été disponibles aux parties. Ce faisant, le législateur prend une action supplémentaire : il reconnaît et rend explicite dans un texte de loi la possibilité de régler par les modes de PRD, avant d'engager formellement une procédure devant un tribunal. C'est ainsi que nous observons que le droit mobilise les modes de PRD, et plus largement, l'éthique, tel que nous le démontrons dans quelques instants en explicitant le lien entre les modes de PRD et éthique, pour répondre à son problème d'inaccessibilité.

Bien que la nécessité d'engager des changements imminents au sein du système judiciaire soit reconnue par plusieurs, d'aucuns s'interrogent sur le bien-fondé de le faire par l'introduction d'une telle mesure alternative au sein même du *Code de procédure civile*. Le

Barreau du Québec a d'ailleurs soulevé quelques préoccupations à cet égard, dans un mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, en 2013. En effet, le Barreau s'interrogeait sur la nécessité d'introduire dans le *Code de procédure civile* une obligation qui pose des « difficultés d'exécution, compte tenu de l'imprévisibilité de sa portée » (Le Barreau, 2013a). À ce titre, l'obligation faite aux parties de « considérer » les modes privés de résolution des différends avant de s'adresser aux tribunaux, à l'article 1, soulève plusieurs interrogations.

Déjà, dès la commission parlementaire dans le cadre de l'étude de l'avant-projet de loi, en février 2012, le Barreau du Québec avait mentionné qu'il était bien ardu de préciser la réelle portée de cette obligation. Par exemple, en cas de manquement, celui-ci serait-il sanctionné? Dans l'affirmative, de quelle manière? Plus fondamentalement, est-ce qu'il appartient au système judiciaire de contrôler le respect de cette obligation? Par exemple, est-ce qu'un juge pourrait éventuellement « sanctionner » un manquement de la part des parties à considérer les modes des PRD dans sa décision sur l'attribution des frais de justice (Le Barreau, 2013a)? Mais s'il le fait, ce serait en quelque sorte une punition imposée par un magistrat, donc par le système judiciaire, à un manquement de s'engager dans une alternative au droit, soit les modes de PRD. Cette situation soulève un certain inconfort (Le Barreau, 2013a, p. 9).

Dans cette même perspective, « l'obligation faite aux parties de considérer les modes privés de résolution des différends avant de s'adresser aux tribunaux ne devrait [selon Le Barreau] pas avoir pour effet de créer une hiérarchie entre les modes privés de prévention et de règlement des différends et le système de justice civile » (Le Barreau, 2013a). C'est donc ici l'articulation de l'éthique et du droit dont il est question et qui pose problème. À ce sujet, le Barreau s'empresse de rappeler que dans une « société fondée sur la primauté du droit, il importe que les citoyens puissent, s'ils le jugent approprié, s'adresser aux tribunaux pour défendre leurs droits » (Le Barreau, 2013a). Aussi, comment concilier l'accès aux tribunaux et l'obligation de considérer les modes de PRD? La question demeure entière.

À défaut de répondre directement à cette question, le Barreau réaffirme tout de même pour sa part la place du droit comme mode de régulation dans les sociétés démocratiques. Corrélativement, il affirme l'importance de protéger l'accès aux tribunaux, lorsque les citoyens le souhaitent, et ce, malgré l'apparition et l'extension des modes alternatifs que constituent les modes de PRD. Au passage, le Barreau ne manque pas de souligner les difficultés d'application que posent ces nouveaux modes, qui, disons-le, s'avèrent inhabituels au sein du système judiciaire.

Plus largement, l'adoption de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* suscite des interrogations cruciales du point de vue de la philosophie du droit. Par exemple, dans quelle(s) mesure(s) le législateur devrait-il légiférer la phase préjudiciaire d'un différend? Quelle est la teneur de l'obligation imposée aux parties de considérer la négociation, la médiation ou l'arbitrage avant de s'adresser aux tribunaux? Est-elle d'ordre moral, éthique et/ou juridique? Qui plus est, est-ce véritablement la fonction du législateur de favoriser le développement et la consolidation d'une culture par l'entremise d'une loi, soit en l'espèce le nouveau *Code de procédure civile*? Il s'agit de quelques questions qui surviennent lorsque l'on s'attarde aux nouvelles modalités proposées par le législateur.

Pour notre part, à la lumière de ce questionnement, nous souhaitons plus particulièrement approfondir le rapport droit/éthique. À la lumière de notre analyse, nous dressons quelques constats à cette fin quant aux positions avancées par le Barreau. D'une part, nous retenons qu'en dépit de quelques hésitations, le Barreau entend favoriser les modes privés de résolution des différends et d'en inciter l'utilisation. À l'instar du législateur québécois, le Barreau réclame également un changement de culture afin de miser sur la « communication, la collaboration et la négociation » (Le Barreau, 2013a, p. 10) afin d'assurer notamment un meilleur accès à la justice. Cependant, tous ces changements devront se faire, selon la perspective du Barreau, dans la valorisation et la conservation du « rôle capital du tribunal comme organisme indépendant et impartial chargé de trancher des litiges » (Le Barreau, 2013a, p. 10).

La cohabitation des modes de PRD et du mode traditionnel de règlement des litiges offert par les tribunaux soulèvent quelques enjeux. En effet, comment envisager la grande diversité de lieux, de contextes, de types d'interventions, de conflits, de finalités et de processus des PRD, du point de vue du citoyen, du juriste et du législateur, dans le nouveau *Code de procédure civile*? Plus fondamentalement, la question qui nous préoccupe est la suivante : comment l'articulation du rapport droit/éthique se fera-t-elle? Cette question a déjà fait l'objet de réflexions, notamment dans le cadre des travaux menés par Legault (2001a, 2001b, 2001c, 2002-03, 2005) et Lalonde (2001, 2002, 2002-03, 2003a, 2003b, 2005, 2007a, 2007b et 2011). Une question demeure toutefois, comment ce rapport évoluera-t-il? Le rapport droit/éthique n'est pas simple. Qui plus est, lorsque celui-ci est défini essentiellement par le forum du droit, comme c'est le cas en l'espèce, il pose des défis singuliers, notamment quant à la juridicisation de l'éthique. L'expansion des modes de PRD et leur reconnaissance anticipée par l'entremise du nouveau *Code de procédure civile* nous mènent donc à réfléchir à la relation droit/éthique.

Pour expliquer ceci, prenons le temps d'établir le lien conceptuel entre l'éthique et les modes PRD. L'éthique en tant que mode de régulation (Boisvert et al., 2003) se trouve intimement liée aux modes de PRD, tel que nous le rappelle Legault, dans cet extrait, au sujet de la médiation:

La médiation et l'éthique appliquée entretiennent donc des similitudes dans la mesure où les dispositifs proposés mettent l'accent sur le vivre-ensemble, c'est-à-dire sur l'ensemble des relations interpersonnelles qui tissent la vie sociale. Or, ce déplacement, qui oblige à considérer la norme, non pas sous le registre symbolique de l'autorité, mais de son efficacité à résoudre le cas, ouvre la voie au choix des références normatives pour régler un conflit, autrement dit, au choix de la valeur visée par la norme (Legault, 2002/03, p. 190).

À la lumière des précisions de Legault, nous comprenons la similitude et les points de rapprochements entre l'éthique et les modes de PRD. Tous deux mettent l'accent sur le vivre-ensemble, les relations interpersonnelles, dans une perspective qui ne fait plus uniquement appel à la norme, mais également aux valeurs. C'est donc dans une recherche de visée(s) plus vaste(s) que la simple obéissance et la conformité à la règle que l'éthique

et les modes de PRD font chemin commun. Ainsi, l'adoption en février 2014 du nouveau *Code de procédure civile* nous mène à approfondir notre compréhension de la relation existant entre le droit et l'éthique. Afin de mieux conceptualiser ce rapport, nous nous attardons dans les prochaines sections à trois types de relation existant entre le droit et l'éthique: la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence préalable au droit (Lacroix, 2011b et 2014a).

3 Relation entre droit et éthique

Les débats portant sur les rapports existant entre le droit et l'éthique ne sont pas nouveaux. Tel que le remarque Dubreuil, en philosophie, la relation existant entre le droit et l'éthique fait depuis longtemps l'objet de débats animés (2011, p. 78). Afin de définir le droit et l'éthique, il précise que :

(...) le droit renvoie à la régulation des comportements par la loi – à ce qui est permis, interdit ou exigé d'un point de vue légal – alors que l'éthique renvoie plus largement à la distinction entre le bien et le mal, à ce qu'il convient de faire indépendamment ou au-delà de nos obligations strictement légales (Dubreuil, 2011, p. 78).

Pour Dubreuil, le droit tombe sous le domaine du législateur et des tribunaux. En cela, il présente une vision positiviste du droit. Évidemment, cette vision ne tient pas compte des récentes transformations du droit, démontrées au chapitre 1. Qui plus est, la vision de l'éthique qu'il propose se rattache plutôt à celle de la morale, qui s'efforce de classer les comportements de manière binaire : soit bien, soit mal. Pour notre part, nous avons pris nos distances face à une telle équivalence conceptuelle entre l'éthique et la morale, mais les propositions de Dubreuil nous poussent à revenir sur les distinctions formulées précédemment à cet égard.

À l'introduction de la présente thèse, nous avons abordé les liens entre le droit et la morale, ainsi que ceux entre le droit et l'éthique. Nous avons vu que certains auteurs ne font pas de distinctions entre morale et éthique (Goyard-Fabre, 2002; Terré, 2007). De ce nombre, nous pouvons inclure désormais Dubreuil (2011). Mais d'autres philosophes

québécois qui se sont penchés sur les récentes transformations du droit, tels Bégin, Lacroix et Legault, ne souscrivent pas à cette position. Ils font une distinction, tout comme Ricoeur, entre la morale et l'éthique. Bref, il existe différentes conceptions de l'éthique et cela est pertinent pour établir, comprendre, analyser le rapport entre l'éthique et le droit.

À cet effet, nous avons précisé que Legault (2001a, 2001c, 2002/2003 et 2011a) qualifie les transformations du droit en terme d'éthicisation du droit, à l'instar d'autres chercheurs (Lalonde, 2003a). Cette expression pour Legault prend en compte la dimension dialogique, propre à l'éthique, notamment par l'apparition de la médiation judiciaire. Dans ses écrits, Legault fait référence au rôle de l'éthique, à son importance comme substitut/complément au droit. Il défend l'idée que le droit s'éthicise. Celui-ci ne se remoralise pas pour répondre à ses insuffisances, mais s'éthicise, afin de répondre à ses insuffisances et redonner un rôle à l'éthique. Cette nouvelle théorie en droit remplace la logique de l'obligation morale par celle des valeurs et du dialogue, tout en mettant de l'avant un rapport beaucoup plus étroit entre le droit et l'éthique. Contrairement à Terré (2007), on note chez Legault une véritable rupture entre l'éthique appliquée et la normativité morale pour la délibération éthique et le dialogue (Legault, 2002-03, p. 165). Pour le chercheur, l'éthicisation du droit met l'accent sur la volonté des participants à co-construire; ainsi, le rapport droit/éthique se caractérise par le recours du droit à une éthique fortement ancrée dans une dimension axiologique et une éthique plus réflexive (Legault, 2002-03, p. 182).

Bref, Legault envisage le droit en tant que mode de régulation externe, fondé essentiellement sur l'hétérorégulation, déterminé par un appareil juridique et un système coercitif, autoritaire et assorti de sanctions, alors que l'éthique désigne plutôt pour ceux-ci un domaine de régulation organisé sur l'autorégulation, où les personnes ont la liberté d'agir davantage en fonction d'un raisonnement et d'un jugement déterminées par elles-mêmes. Cette proposition est d'ailleurs formulée par d'autres chercheurs (Boisvert et al., 2003). Aussi, la cohabitation entre l'autorégulation et l'hétéroregulation au sein d'un même mode de régulation, en l'occurrence ici, le droit, pose plusieurs défis. Les transformations

du droit explorées dans la présente thèse soulèvent quelques-unes de ces difficultés et nous forcent à aborder la relation entre le droit et l'éthique.

Des auteurs se sont attardés à réfléchir les liens entre éthique et droit et en ont exposé toute la complexité (Dermange et Flachon, 2002). Lorsque l'on observe le rapprochement entre le droit et l'éthique, Dermange et Flachon (2002) voient une « volonté d'ouverture » du droit à l'éthique, afin de dépasser ses insuffisances. Pour reprendre leurs termes, le droit « attend de l'éthique qu'elle lui livre une zone de quasi-droit plus souple et plus mobile, moins formellement contraignante et moins démocratiquement fondée » (Dermange et Flachon, 2002, p. 15). Bref, c'est l'appel au droit souple et à la reformulation du droit plutôt en terme d'autorégulation. À la lumière de la discussion précédente, nous voyons bien qu'au Québec, les constats de Dermange et Flachon (2002) sont corroborés : tant le législateur québécois que Le Barreau souscrivent à une position d'ouverture face aux modes de PRD, et ce, notamment afin de dépasser la crise actuelle liée au manque d'accessibilité au système judiciaire. Cette ouverture est telle que le législateur entend même développer une « nouvelle culture, axée sur la communication, la collaboration et la négociation » (Le Barreau, 2013a, p. 10). Il y a donc une reconnaissance de l'importance de remédier aux insuffisances du droit, particulièrement en matière d'accessibilité, par de profonds changements.

Une question se pose alors: que signifie cette redéfinition du droit du point de vue de l'éthique? Plus précisément, est-ce que le droit peut se redéfinir selon toutes les conceptions de l'éthique que nous avons étayées dans le cadre de la présente thèse? D'où notre question de recherche : quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques, en contexte québécois? Afin de formuler une réponse à celle-ci, revenons brièvement sur les grandes lignes de la démarche entreprise depuis le début de cette thèse, pour reprendre et synthétiser le contexte au sein duquel s'inscrit notre interrogation.

Tout d'abord, nous avons qualifié le phénomène d'éthicisation du droit comme une véritable intégration des composantes de l'éthique au droit et non simplement des

réflexions superposées. Cette qualification permet d'affirmer que le rapport existant entre le droit et l'éthique se caractérise désormais par une grande proximité, voire même une certaine fusion, par moment. Aussi, nous assistons à de véritables « emprunts » car le droit intègre l'éthique dans sa formulation même, particulièrement à la 3^e phase d'éthicisation du droit, décrite au chapitre 1. La présente thèse s'est d'ailleurs penchée tout particulièrement sur une composante de la troisième phase d'éthicisation du droit, soit les lois éthiques, à la fois de manière théorique et empirique, par l'analyse d'un échantillon de lois éthiques québécoises. L'hypothèse d'une 3^e phase d'éthicisation du droit, formulée dans cette thèse, se caractérise, plus vastement, par la révision de la force normative, l'accent étant mis sur les destinataires de la norme et le droit souple. Elle inclut les phases précédentes d'éthicisation du droit, tout comme la 2^e phase incluait les éléments de la 1^{ère} phase. Nous l'avons vu au chapitre 3, un seul texte de loi sur les quatre étudiés s'est révélé véritablement éthicisé dans une perspective réflexive, soit la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Ce présent chapitre a été l'occasion de soulever quelques enjeux, aspirations et difficultés que pose la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*.

Nous souhaitons maintenant profiter de ce parcours et prendre un recul afin d'analyser le rapport entre le droit et l'éthique, non plus au plan empirique, tel que nous l'avons effectué lors de la mise en oeuvre de notre grille et de la discussion en découlant, mais bien au plan théorique, afin de faire voir comment les résultats de notre analyse sont corroborés ou non sur ce plan. Nous avons constaté qu'il y a différentes conceptions de l'éthique mobilisées dans le phénomène d'éthicisation du droit. Force est de reconnaître qu'il existe également différentes conceptions du droit. Le chapitre 1 de la présente thèse le montre d'ailleurs. Aussi, il devient donc difficile de référer aux rapports entre l'éthique et le droit; il semble plutôt qu'il faille parler des rapports entre les éthiques et les droits (ou les conceptions de l'une et l'autre). Sans nous attarder plus longuement sur ce point, nous souhaitons faire état du fait de ces nécessaires distinctions entre les différentes conceptions du droit et de l'éthique et souligner que s'il est une voie qui demeure à explorer, c'est bien celle du pragmatisme juridique. Aussi, pour les fins de cette thèse, nous référerons plus simplement au rapport entre le droit et l'éthique, bien que nous

soyons conscients que celle-ci revêt différentes conceptions, tant de l'éthique que du droit, sur lesquelles il faudrait éventuellement s'attarder.

Dans ce chapitre, nous reviendrons sur les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques ce qui nous permettra de mieux délimiter le rapprochement entre le droit et l'éthique. À cette fin, nous aborderons, dans les pages qui suivent, trois types de relation entre le droit et l'éthique, soit la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence préalable au droit (Lacroix, 2011b et 2014a).

Notons que cette typologie des rapports entre l'éthique et le droit se déploie à deux niveaux. Le premier niveau a trait à la fonction du droit et de l'éthique qui amène des chercheurs, tel Lacroix (2011b), à soutenir que l'éthique est une compétence, ce qu'on ne peut dire du modèle traditionnel du droit. Cette notion de « compétence » peut se déployer en raison de la nature conceptuelle de l'éthique qui demeure sommairement une réflexion relative aux valeurs et aux normes portant sur des situations en contexte (Lacroix, 2014a). Le deuxième niveau porte, non pas sur les fonctions respectives du droit et de l'éthique, mais sur les rapports qu'ils entretiennent entre eux. Dans cette perspective, nous pouvons parler de subsidiarité et de complémentarité. Pour le dire autrement, l'éthique vient « compléter » le droit dans sa fonction normative ou se « substituer » au droit pour intégrer la dimension réflexive au jugement juridique (Lacroix, 2014a). Il y a actuellement une indéniable complémentarité entre le droit et l'éthique, de même qu'une subsidiarité de l'éthique face au droit. À partir de ce constat, certains débats émergent, notamment puisque plusieurs juristes assument le fait que l'éthique peut être subordonnée au droit, ou incluse à l'intérieur du « travail juridique »; or, ceci ne va pas nécessairement de soi pour certains philosophes contemporains qui réfléchissent à ces questions. Le débat ne porte donc pas sur le fait de savoir si un rapport vaut mieux que l'autre autant que de savoir comment nous pouvons bien comprendre les limites de l'un et l'autre, compte tenu de leur nature conceptuelle et de leurs fonctions sociales, dans le contexte plus particulier qui est le nôtre, soit les lois éthiques québécoises. Nous y reviendrons après avoir mieux circonscrit cette typologie tripartite des rapports entre l'éthique et le droit.

3.1 La subsidiarité

Le rapport existant entre le droit et l'éthique peut s'envisager dans une perspective de subsidiarité. La subsidiarité vient du latin *subsidiarii*, qui signifie troupe de réserve, et de *subsidium*, qui signifie réserve, recours, appui. L'étymologie du mot subsidiarité révèle que ce terme désigne « ce qui appuie ». Conséquemment, le caractère de ce qui est subsidiaire, c'est ce qui appuie l'élément principal pour le renforcer. La présente thèse porte sur la définition et l'analyse du phénomène d'éthicisation du droit. Dans ce contexte, l'éthique vient bien souvent pallier aux insuffisances et à l'inefficience du droit à coordonner les actions humaines, dans nos sociétés. C'est donc dire que l'éthique appuie le droit : elle prend corps avec le droit, pour le renforcer ou l'adosser. C'est le cas des lois éthiques, dont certaines font l'objet d'une étude dans le chapitre précédent, et du droit souple. Ainsi, plus largement, la troisième phase d'éthicisation du droit, où l'éthique est littéralement intégrée au droit, afin de lui suppléer et rehausser son efficacité constitue un bel exemple du rapport entre le droit et l'éthique, de type subsidiaire.

Au sein de cette phase, les appels récents à l'éthique par les législateurs, par l'entremise de différents textes législatifs, témoignent du fait que le droit cherche à se transformer en profondeur, de l'intérieur, afin de s'assouplir et de dépasser ses propres insuffisances, par l'appel à l'éthique, que l'on entend ici tant par l'intégration de composantes associées à l'éthique réflexive ou au principisme. Ainsi, les lois éthiques constituent un exemple concret du rapport de type subsidiaire entre le droit et l'éthique: l'éthique appuie et renforce le droit dans une loi.

Précisions en terminant à l'égard du concept de subsidiarité que nous ne l'entendons pas au sens politique, auquel il est bien souvent associé dans la littérature. En effet, dans de nombreux contextes où il est évoqué, particulièrement européens, le principe de subsidiarité concerne le domaine politique, mais non pas au sens institutionnel (Million-Delsol, 1993, p. 7). Il ne s'intéresse alors pas à la question du régime politique, mais s'applique à définir, au-delà de la participation politique, ce que l'on peut appeler les libertés d'action, en précisant leurs limites et leurs conditions d'exercice (Million-Delsol,

1993, p. 8). Lorsque nous référons à la subsidiarité dans le présent contexte, nous ne le faisons pas en ce sens plus politique, mais bien d'une manière plus générale, c'est-à-dire plutôt selon l'usage commun du concept de subsidiarité, dans le contexte plus précis du rapport entre le droit et l'éthique.

3.2 La complémentarité

Une autre façon d'envisager ce rapport entre le droit et l'éthique est de le considérer sous l'angle de la complémentarité, ce qui signifie qu'un élément s'ajoute à un autre, afin de le compléter. Dès les toutes premières pages de cette thèse, nous avons mis en évidence que nos sociétés sont désormais soumises à des modes de régulation déployés depuis plusieurs siècles pour assurer, formellement ou informellement, sa cohésion et son bon fonctionnement (Reynaud, 1997). Nous avons présenté la proposition de Boisvert et als. (2003) qui identifie cinq regroupements : l'éthique, la déontologie, le droit, la morale et les mœurs. Selon les chercheurs, ces cinq modes de régulation encadrent les comportements des individus au sein d'une collectivité, parfois de manière autonome, parfois de manière concomitante.

Qui plus est, Boisvert défend l'idée que la seule voie possible quant à la gestion adéquate des comportements dans une société repose sur la clarification des modes de régulation, afin d'en apprécier la particularité et la complémentarité (Boisvert, 2003-2006). Il pose ce constat suite à une recherche menée de 2003 à 2006, intitulée *Vers un nouveau cadre d'analyse en éthique appliquée : consolidation théorique et de sa valeur heuristique à partir de l'éthique appliquée en contexte gouvernemental*. Dans le cadre de celle-ci, il a mené, en collaboration avec d'autres chercheurs, une série d'analyses (analyse documentaire du corpus théorique propre à l'éthique gouvernementale ; analyse de la conception de l'éthique gouvernementale portée par les instances gouvernementales fédérales et provinciales ; analyse des stratégies et dispositifs utilisés au sein des fonctions publiques québécoise et canadienne). À la lumière des résultats de ces analyses, Boisvert recommande l'élaboration d'une infrastructure de régulation des comportements des agents sociaux dans une perspective de respect de la spécificité et de complémentarité

des divers modes de régulation (Boisvert, 2003-2006). Bref, Boisvert envisage la relation entre le droit et l'éthique de manière complémentaire, c'est-à-dire que le droit et l'éthique, à titre de modes de régulation autonome, se complètent et s'ajoutent à un autre, afin de coordonner le vivre-ensemble.

3.3 L'éthique comme compétence

Pour sa part, Lacroix (2011b), qui a d'ailleurs fait parti de l'équipe de recherche de Boisvert (2003-2006), va plus loin et défend, dans un article plus récent, un redéploiement de l'éthique, non pas à titre de régulation sociale, mais bien de compétence. Dans un premier temps, Lacroix affirme que « les pouvoirs publics sont naturellement portés à concevoir des infrastructures juridiques qui, parce que le rapport que les citoyens ont avec la norme a changé, ne pourront corriger qu'une partie de la situation » (Lacroix, 2011b, p. 110). Ainsi, pour le chercheur, si l'on restreint « la sphère de l'éthique au seul respect de la norme, on risque de se condamner à tourner en rond, on risque de ne pouvoir s'extirper du marécage moral dans lequel semblent de plus en plus sombrer nos démocraties » (Lacroix, 2011b, p. 110).

Face à ce problème, Lacroix envisage l'éthique non plus exclusivement comme un complément au juridique, mais comme une compétence qui le précède et permet à l'agent moral de penser le juridique en l'aidant à contextualiser la norme. En ses termes : « Si l'on considère l'éthique comme une compétence, elle devient par conséquent une propédeutique à toute autre forme de régulation sociale, dont la déontologie et le droit » (Lacroix, 2011b, p. 111). Évidemment, pour Lacroix, l'éthique s'entend dans une perspective réflexive où « l'agent moral se donne les outils pour aller au-delà du droit » (Lacroix, 2011b, p. 111). Pour citer de nouveau:

En ce sens, développer une réflexion éthique, qui sera souvent qualifiée de «compé-tence éthique», ne signifie pas acquérir un savoir, qu'il soit technique, politique ou managérial. Il s'agit plutôt de poser une action réflexive dans le respect des valeurs propres à un contexte singulier, en connaissance des normes agissantes dans ce contexte. L'éthique est dès lors ramenée à une compétence, une compétence à délibérer et à agir – une compétence réflexive qui n'est pas une compétence d'ordre technique comme le prônent plusieurs textes en gestion (Lacroix, 2014a, p. 24).

Pour Lacroix, la compétence éthique est mise à l'œuvre particulièrement dans les « zones à risque », là où le respect du droit ne nous met pas pour autant à l'abri. Ainsi, ce ne sont pas toutes les normes qui deviennent sujettes à interprétation, mais bien les zones grises. Lacroix reconnaît qu'il y a des « choses qui sont acceptables, d'autres qui ne le sont pas, il y a la norme minimale, la limite qu'il ne faut pas franchir » (Lacroix, 2011b, p. 110). Chez Lacroix, l'éthique agit à titre de « propédeutique à toute autre forme de régulation sociale » (Lacroix, 2011b, p. 111). Elle n'est pas constamment mobilisée, mais intervient dans des circonstances plus délicates, floues ou à « risques ».

Les distinctions conceptuelles que nous invitent à faire les propos de Lacroix (2011b) sont doubles. Dans un premier temps, il nous convie à considérer l'éthique comme une compétence, et moins comme un mode de régulation. En clair, pour le philosophe, l'éthique ne peut pas être réduite à un simple mode de régulation. Dans un deuxième temps, dans le rapport entre le droit et l'éthique, Lacroix (2011b) nous fait voir que l'éthique agit à titre de compétence préalable pour pallier au droit, lorsque la norme juridique nécessite d'être contextualisée. Ceci ne signifie pas que toute norme devient dès lors sujette à interprétation ou à une remise en question. Simplement, pour Lacroix, l'éthique précède le juridique et doit permettre à l'agent moral de penser le juridique, en l'aidant à contextualiser la norme (2011b). Dit simplement, l'éthique ne peut être assujettie au droit. Elle s'impose plutôt comme une compétence préalable au droit. D'ailleurs, l'éthique ne se limite pas au droit car elle est mise à l'œuvre dans l'ensemble des divers modes de régulation. En somme, les propos de Lacroix nous incitent à revisiter le rapport entre le droit et l'éthique, dans une dynamique autre que celles de la subsidiarité ou de la complémentarité. À ses yeux, l'éthique doit être envisagée comme une compétence.

4 Quelles sont les conditions de validité des lois éthiques en contexte québécois?

À la lumière de cet exposé théorique, revenons à notre question de recherche : quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois? En réponse à celle-ci, nous défendons la thèse suivante, à savoir que les lois éthiques fondées selon l'approche principiste en éthique ne nécessitent aucune condition, tandis que celles qui sont fondées dans une approche réflexive devront répondre à une condition, soit celle de se limiter à référer, renvoyer à la démarche éthique, en laissant cette alternative hors du droit, c'est-à-dire en évitant de judiciaireiser le processus et la réflexion des parties. Voyons de plus près cette prise de position.

D'abord, nous soutenons qu'étant donné la proximité qu'il y a entre l'approche principiste et la vision traditionnelle du droit, la viabilité de ce recoupement va de soi : il est crédible et viable du point de vue de l'éthique. Dans un texte récent, Lacroix abonde en ce sens :

Mais si la modernité a posé l'État de droit comme cadre normatif pour soutenir, baliser et encadrer la réflexion éthique, et si l'espace de réflexion éthique est ainsi subordonné aux préceptes juridiques, l'éthique se laissera tout naturellement penser de manière normative et prescriptive, soit à l'intérieur des normativités juridiques et sous le sceau des prescriptions légale et morale (Lacroix, 2014a, p. 26).

Nous l'avons démontré à quelques reprises dans les chapitres précédents de notre thèse, la proximité de l'approche principiste en éthique et du droit dans une perspective traditionnelle est indéniable. Par exemple, nous avons démontré au chapitre 2 la similarité épistémologique entre le droit, la déontologie et le principisme. Nous avons d'ailleurs formulé et justifié les trois premiers critères de notre grille en ce sens. Nous ne reprenons pas ici l'ensemble de notre démonstration, mais affirmons à la lumière de celle-ci que le droit peut aisément se reformuler en terme d'éthique dans une perspective principiste, sans qu'aucune mise en garde ou condition ne soient requises. Dit simplement, nous soutenons que le droit, la déontologie et l'approche principiste sont compatibles. Par conséquent, les lois éthiques qui s'appuient sur une approche principiste se défendent et n'ont pas besoin de condition de validité. Puisque ce rapprochement va de soi au plan conceptuel, le rapport droit/éthique dans une telle perspective peut s'envisager selon le

principe de subsidiarité, c'est-à-dire que le déontologique, le droit et le principisme peuvent se servir mutuellement de recours, d'appui, et ainsi s'ajouter à l'élément principal pour le renforcer.

Par ailleurs, lorsque le droit conserve sa forme traditionnelle, il va de soi qu'aucune condition n'est requise. Toutefois, si l'approche principiste et la vision traditionnelle du droit vont de pair, l'écart de nature conceptuelle qui sépare le droit et l'éthique, entendue dans une perspective réflexive, requiert que l'on pose une condition pour assurer la validité de l'éthicisation du droit qui s'engage dans cette direction. Et cette condition est toute simple : la norme juridique doit se limiter à référer ou prévoir la démarche éthique, sans pour autant la baliser. Dit autrement, l'éthique (réflexive) doit demeurer une alternative hors du droit, afin d'éviter de judiciaireiser ou légiférer le processus et la réflexion des parties.

Pour bien articuler cette condition, nous désirons revenir sur les critères de notre grille développée au chapitre 2. Rappelons que celle-ci permet de faire ressortir deux visions ou représentations du droit : une vision traditionnelle du droit et une vision plus souple du droit. Selon la première, le droit régule les comportements, en contrôlant et délimitant le permis de l'interdit. Selon la seconde, le droit est assoupli, intègre de plus en plus l'éthique et en appelle à la contribution des destinataires de la norme. Les trois premiers critères de notre grille permettent d'identifier l'expression plus traditionnelle du droit: 1) l'exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes, 2) le caractère prescriptif de la norme juridique et 3) le caractère coercitif et punitif de la norme juridique. Tandis que les trois derniers critères de notre grille permettent quant à eux d'identifier une expression plus réflexive et souple du droit : 1) la possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique, 2) un mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle et 3) la possibilité de définir ou redéfinir les pratiques.

Il convient de spécifier que les trois premiers critères de notre grille sont opposés aux trois derniers. En effet, si une norme juridique comporte une exigence forte d'adhérer à

une norme au nom de certains principes, un caractère prescriptif, coercitif et punitif très rehaussé, alors la possibilité de mener une réflexion de manière autonome et la possibilité de définir les pratiques ne seront que très peu ou pas du tout présents. En d'autres termes, on ne peut pas à la fois prescrire, contrôler et punir et octroyer l'autonomie, la réflexion, l'influence et la liberté aux destinataires, au même moment, par l'entremise d'une même norme, dans un contexte donné. Il s'agirait d'une contradiction. Afin de dépasser cette contradiction, nous dirons que le droit peut parfois prescrire, ordonner et punir et d'autres fois, influencer, encourager la réflexion et laisser plus de liberté à ses destinataires (Thibierge, 2009). Mais alors que penser de la redéfinition du droit, lorsqu'il passe d'un mode impératif, prohibitif, supplétif, à une fonction déclaratoire, inspiratoire, du point de vue de l'éthique? Comment articuler ce rapport?

C'est en réponse à cette dernière question que nous soutenons que pour qu'elles soient pleinement valides, c'est-à-dire qu'elles respectent les diverses définitions et orientations de l'éthique que nous avons évoquées dans la présente thèse, les transformations du droit qui mobilisent l'éthique réflexive, en l'occurrence, les lois éthiques, devront répondre à la condition suivante : elles devront se limiter à référer, renvoyer à la démarche éthique, en laissant cette alternative hors du droit, c'est-à-dire en évitant de judiciaireiser ou légiférer le processus et la réflexion des parties. Elles doivent donc éviter de se baser sur l'appel aux principes, la prescription, la coercition ou la sanction (qui constituent les trois premiers critères de notre grille). Dit simplement, le droit pourra reconnaître et octroyer la possibilité aux parties de s'engager dans une réflexion éthique, par l'entremise de la loi, mais sans pour autant définir, baliser ou régir cette démarche. Le législateur pourra donc inciter ou demander aux destinataires de la norme de réfléchir les comportements de manière responsable, dans une situation donnée, sans les contraindre plus largement. Cela est nécessaire, à notre avis, afin de pleinement respecter les conditions que pose l'éthique réflexive, soit la mise en oeuvre d'une réflexion autonome des parties vers une délibération et une décision responsable.

De nouveau, il s'agit uniquement de l'intégration de l'approche réflexive au droit, qui nécessite, une condition de validité au plan conceptuel. Il s'agit en fait du cœur de notre

thèse. Si le droit s'éthicise dans une approche réflexive, il faut absolument s'assurer que la délibération éthique puisse pleinement se déployer. Pour ce faire, nous soutenons que le droit devra se limiter à faire un renvoi à l'éthique afin d'éviter d'interférer avec cette délibération. Concrètement, dans le cas d'une loi éthique éthicisée selon l'approche réflexive, celle-ci devra se limiter à reconnaître explicitement l'alternative éthique, dans une perspective réflexive, sans toutefois l'orienter, la baliser ou encore fonder cette éthique. Ainsi donc, pour revenir à notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit, nous dirons que lorsqu'une loi s'éthicise selon les trois derniers critères de notre grille, elle devra reconnaître explicitement l'existence et la complémentarité de l'éthique, sans toutefois entrer sur son terrain, à défaut de quoi elle judiciariserait l'éthique.

C'est donc afin de respecter pleinement l'exercice réflexif propre à la délibération éthique que le droit éthicisé sous une forme plus réflexive devra renvoyer à l'éthique, sans qu'elle celle-ci soit intégrée, voire subordonnée, au droit. L'éthique doit pouvoir demeurer une pratique réflexive autonome et séparée du droit, afin d'éviter quelques dérives, dont la principale que nous exposons : la juridicisation de l'éthique. En effet, s'il y a juridicisation de l'éthique, il en résulterait une perte de la réflexion autonome, ce qui contreviendrait à la nature même de l'éthique réflexive. La juridicisation de l'éthique surgit lorsque celle-ci est dérivée de sa fonction réflexive et qu'elle devient codifiée, judiciarisée ou institutionnalisée.

En effet, lorsque l'éthique est judiciarisée, l'approche réflexive propre à la démarche éthique est compromise et du coup, l'éthique se trouve dénaturée. La réflexion est alors subordonnée à une normativité et devient moins pleine, libre et autonome. Elle est donc altérée ou, pour le dire autrement, l'espace de liberté qui est alors alloué aux personnes est autre. Il y a un glissement de l'autorégulation vers l'hétérorégulation. C'est pourquoi certains chercheurs (Dermange et Flachon, 2002) dénoncent la juridicisation de l'éthique.

C'est donc pour préserver et octroyer une réflexion ouverte, dans une perspective de pratique réflexive, que le droit devra limiter son « appropriation » de l'éthique. Les lois éthiques peuvent assurément référer à l'éthique réflexive dans une optique de

délibération sur les normes, les valeurs, en situation, mais elles doivent éviter de prescrire, orienter, baliser la réflexion, à défaut de compromettre une réflexion pleine et entière. Qui plus est, lorsque le législateur renvoie à l'éthique sans la judiciaireiser, il y a un avantage de taille : le législateur concède une reconnaissance à l'éthique (par l'entremise du droit) et protège du coup la pratique de l'éthique auprès de parties en litige, sans pour autant dicter ou orienter le contenu de leur démarche. Il importe donc, dans tous les cas, que cet exercice s'effectue sans miner l'autonomie, la réflexion et l'action des parties. C'est ainsi qu'afin d'être conforme aux conclusions de la présente thèse, une loi éthique dans une approche réflexive devra laisser une réelle et entière liberté aux destinataires pour solutionner le litige, dans le contexte d'une réflexion ouverte que permet la pratique réflexive.

Afin d'illustrer plus amplement cette proposition, la typologie de Boisvert au sujet des modes de régulation (Boisvert et al., 2003) et les précisions qu'il formule à son égard sont utiles et démontrent la spécificité de l'éthique et du droit. Dans un écrit plus récent, Lacroix (2014a) remet en contexte le travail de Boisvert afin de nuancer son propos et présenter la dimension éthique, en amont des modes régulatoires. Ces auteurs nous permettent d'envisager des éléments importants à notre démonstration, comme le type de responsabilité spécifique que chacun de ces modes de régulation recouvre et la complémentaire droit/éthique. Ainsi, l'étude de ces positions nous permettra de mieux affirmer notre thèse. Dans les paragraphes qui suivent, nous les résumons succinctement.

Selon Boisvert et al. (2003), le droit se fonde traditionnellement sur une logique basée principalement sur l'ordre, l'obéissance et la sanction. En ce sens, selon cette représentation du droit, celui-ci est hétérorégulatoire, c'est-à-dire que l'autorité est externe à la personne. Notons toutefois que cette conception du droit remonte au XIX^e siècle et qu'elle est déjà plus nuancée à partir des réalistes (1920), ainsi qu'Hart, (1960) et Dworkin (1970), pour nommer que ceux-ci. À l'inverse, l'éthique opère selon un mode autorégulatoire, c'est-à-dire qu'elle opère selon une logique fondée essentiellement sur des valeurs et non sur l'obéissance à des normes/règles. Du point de vue de Boisvert, c'est la personne elle-même qui détermine l'action en fonction de sa propre réflexion. Étant

donné cette différence majeure, le droit et l'éthique engendrent différents types de responsabilité. Le droit mobilise une responsabilité objective : les obligations envers autrui sont imposées par une autorité dont la source est extérieure à la personne (lois, règles, normes, directives, etc.). Celle-ci devient imputable de ses actions face à cette même autorité. L'éthique entraîne une responsabilité subjective : la personne établit ses obligations envers elle-même et autrui (autorégulation). Elle le fait en se fondant sur des valeurs, des normes. La mise en oeuvre de sa responsabilité s'effectue dans un contexte où la personne jouit d'une marge de manœuvre accrue : elle décide librement, et ne demeure imputable qu'en fonction des engagements qu'elle a pris. Les précisions de Boisvert et al. (2003) nous font voir que le droit définit de manière traditionnelle et l'éthique appartient à des univers fort différents.

En complément à cette affirmation, une récente proposition de Lacroix illustrée auparavant dans ce chapitre attire de nouveau notre attention. Il invite désormais à considérer l'éthique comme une compétence plutôt que comme un mode de régulation :

Tout intéressante que soit cette manière de présenter les choses [typologie de Boisvert et al., 2003], elle ne nous semble pas mettre suffisamment en évidence la distinction qui a trait à la dimension réflexive de l'éthique et le fait que ce qui peut à la rigueur attribuer une dimension réflexive aux autres modes de régulation recensés est la dimension éthique de ces modes régulatoires. C'est pour faire ressortir cette dimension réflexive qu'il nous apparaît plus profitable de reporter le tout sur deux axes comme nous le proposons ici (Lacroix, 2014a, p. 30).

Ainsi, Lacroix s'est dissocié de la position initiale du groupe de chercheurs dirigés par Boisvert et al. (2003). Néanmoins, sa proposition demeure compatible avec celle-ci, bien qu'il aille désormais plus loin dans sa défense de la dimension réflexive de l'éthique en l'envisageant comme une compétence autonome et indépendante des autres modes de régulation. Il énonce à cet effet que:

[...] l'éthique a en effet ceci de particulier qu'elle se déploie comme une pratique discursive et réflexive qui prend en compte les différents silos normatifs définis sur l'axe normatif alors que ces silos se pensent de manière indépendante les uns des autres. Cette manière de présenter l'éthique a pour principal effet de soustraire l'éthique à tout mode de régulation pour plutôt la poser comme outil d'analyse et d'interprétation de ces modes de régulation dans une perspective pragmatique (Lacroix, 2014a, p. 31).

Le surligné est de nous et insiste sur le fait que pour Lacroix (2014a), l'éthique constitue un outil d'analyse, un outil d'interprétation, indépendant des autres modes de régulation, au nombre desquels, soulignons-le, figure le droit.

Cette proposition nous permet de dégager un consensus au sein des écrits des chercheurs étudiés. Ceux-ci s'entendent pour affirmer qu'il importe de préserver et protéger la dimension réflexive de l'éthique; pour ce faire, celle-ci ne saurait être subordonnée au droit. Dit autrement, l'éthique doit être redéployée de manière autonome et entière. À ce titre, l'éthique crée un espace réflexif pour les destinataires de la norme, afin qu'ils puissent pondérer, évaluer et anticiper les conséquences et le bien-fondé de l'obéissance ou de la désobéissance à la norme. Sur ce dernier thème, soit l'obéissance au droit, il existe une abondante et riche littérature que nous n'aborderons pas dans le présent contexte, mais qui inscrit l'éthique dans une réelle démarche réflexive et permet aux personnes de manière autonome d'orienter leurs actions. Il suffit pour nos fins simplement de voir que la thèse de Lacroix est compatible avec celles défendues par les autres chercheurs. Lacroix s'affaire essentiellement à protéger et défendre un redéploiement autonome de l'éthique. Il ne le fait certes plus à titre de mode de régulation, mais de compétence, ce qui ne l'empêche pas pour autant d'arriver à la même conclusion que Boisvert et al. (2003) et Bégin (2009 et 2011b) quant à la nécessité de redéployer le droit et l'éthique de manière autonome et complémentaire:

De manière générale, nous privilégions donc une relation complémentaire entre le droit et l'éthique. Certains répliqueront bien sûr qu'en analysant et en interprétant, l'éthique régule. Certes, cela est vrai. Mais on reconnaîtra aussi que, s'il y a ici aussi régulation, elle n'est plus du même type que les autres modes de régulation puisqu'elle se propose de les interpréter et, le cas échéant, de s'interpréter elle-même, comme nous l'avons évoqué lorsque nous définissions l'éthique selon une dimension réflexive dans la section précédente. Nous passons ainsi d'une interaction spontanée que l'on tâche ensuite de coordonner à une démarche réflexive qui génère de facto une coordination ayant une dimension expérimentale. Il est alors question ici, comme le pressentait d'ailleurs Luc Bégin (1995), d'une régulation plus riche, d'une « métanormativité » qui n'a pas tant pour fonction de nous amener à discuter du fondement épistémologique des autres normativités que de leur aspect pratique (Lacroix, 2014a, pp. 31-32).

Dans cet extrait, Lacroix établit un rapport de complémentarité entre le droit et l'éthique. Pour le chercheur, l'éthique permet d'interpréter les autres modes de régulation (dont le droit) et même, dans certains cas, s'interpréter elle-même. Qui plus est, la démarche réflexive qu'elle favorise génère de facto la coordination, dans une perspective ultimement expérimentale et pratique. Ainsi, l'éthique attise une régulation plus riche, dans le « monde vécu ».

Pour l'ensemble des motifs exposés ci-haut, nous souscrivons également à cette prise de position et maintenons qu'il demeure préférable de redéployer le droit et l'éthique, définie dans une perspective réflexive, de manière autonome. À l'instar des écrits des chercheurs québécois mobilisés, nous privilégions la complémentarité dans la relation existant entre le droit et l'éthique réflexive, et ce, afin de préserver la nature même de cette éthique. Notre position rejoint directement celle de Boisvert et al. (2003) et Bégin (2009 et 2011b). Elle n'est pas non plus irréconciliable avec la thèse soutenue par Lacroix (2011b, 2014a), qui considère essentiellement l'éthique comme une compétence.

Envisagé de la sorte, le rapport droit/éthique ne saurait subordonner l'éthique au droit. Mais est-ce possible dans le contexte des lois éthiques? À cette question nous répondons par l'affirmative. À preuve, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* constitue un bon exemple où le législateur cherche à reconnaître et protéger l'accès aux modes de PRD, dans la phase préjudiciaire d'un différend, sans pour autant dicter aux parties la marche à suivre. Néanmoins, nous l'avons vu, l'exemple de la *Loi instituant le nouveau*

Code de procédure civile demeure singulier dans notre échantillon de lois éthiques étudiées dans le cadre de cette thèse. En effet, bien que limitée, notre étude empirique des lois éthiques en contexte québécois nous pousse à croire que les lois éthiques demeurent largement associées à l'approche traditionnelle du droit. Ainsi, tout laisse croire que l'apparition de lois éthiques éthiciées selon une éthique réflexive demeure un phénomène encore marginal, au Québec, mais tout de même possible.

Pour reprendre et synthétiser notre propos, en réponse à notre question de recherche, nous affirmons que les lois éthiques peuvent s'éthiciser selon une approche principiste sans condition, et s'éthiciser dans une perspective réflexive, en octroyant et en reconnaissant la possibilité aux parties de s'engager dans une démarche éthique, tout en laissant cette alternative hors du droit, afin d'éviter de baliser la liberté et la réflexion au point où elles seraient compromises. Cette thèse s'énonce à la lumière de la nature même de l'éthique réflexive et d'un souci d'en préserver son plein déploiement.

Aussi, parallèlement à notre thèse principale, nous proposons de revoir l'usage du terme éthique, par nos législateurs, pour vraiment refléter les distinctions formulées précédemment. Ainsi, l'éthicisation du droit, dans une approche principiste, pourrait simplement se nommer déontologie ou référer à des principes, sans faire l'usage du terme éthique, tel que c'est le cas parfois actuellement (par exemple : la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*). Cette proposition rejoint celle de Bégin, qui défend également une meilleure délimitation entre l'éthique et la déontologie, afin de mieux refléter les réalités épistémologiques distinctes propres à ces notions (Bégin, 2009 et 2011b).

5 Principales contributions

5.1 Contributions théoriques

La présente thèse propose une revue ciblée de la littérature sur les récentes transformations du droit. Tel que démontré, ces transformations s'inscrivent dans un contexte social et juridique spécifique et passent par un appel à l'éthique, et ce, principalement en réponse aux insuffisances du droit. Nous avons abordé l'intégration de l'éthique au droit, notamment du point de vue du pragmatisme juridique, en plus de définir trois phases d'intégration de l'éthique au droit, soit les trois phases de l'éthicisation du droit. Cette démarche nous a permis de constater le caractère hétéroclite de l'actuelle éthicisation du droit, constat à partir duquel le concept de l'éthique peut se définir selon l'approche principiste et l'approche réflexive.

Qui plus est, notre revue de la littérature montre que ces transformations du droit mettent en jeu des processus complexes et créent une confusion tant chez les juristes que les philosophes. Les difficultés et les défis que pose la redéfinition du droit dans son interaction avec l'éthique y sont clairement relevés. Afin de mieux délimiter notre étude, nous avons concentré nos efforts à l'analyse d'une transformation du droit, soit les lois éthiques, et les défis qu'elles posent. La définition de ce concept ainsi que la construction d'une grille d'analyse qui fournit des repères, afin de dissiper quelque peu la confusion relevée dans la littérature, permettent d'identifier les orientations quant à la représentation du droit et de l'éthique mobilisées par ces lois.

La première contribution de cette recherche est donc de proposer un cadre théorique remanié au sujet de récentes transformations du droit. Ce cadre conceptuel mobilise le concept d'éthicisation du droit et permet d'en préciser les diverses phases, ainsi que les approches distinctes. Ce cadre s'affranchit des modèles théoriques classiques du droit et rend compte de l'actuelle mutation du droit. Il va par ailleurs plus loin que la simple définition du phénomène de l'éthicisation du droit que l'on peut relever dans la littérature, en soutenant notamment l'hypothèse d'une troisième phase d'éthicisation du droit et en

proposant une lecture novatrice du phénomène, qui intègre la littérature récente sur le droit souple et les lois éthiques, au corpus généralement analysé. De plus, dans la lignée des recherches antérieures en philosophie, en droit et en sociologie, nous avons voulu fournir un cadre conceptuel intégrant les divers regards disciplinaires pour approfondir la compréhension et étudier l'apport spécifique de certaines composantes éthiques à la redéfinition du droit. À terme, notre étude permet de mieux cerner l'interaction entre le droit et l'éthique, dans ses tous derniers rapprochements, par l'entremise de l'étude de lois éthiques récentes, dans un horizon qui intègre diverses perspectives disciplinaires.

La seconde contribution réside dans la construction d'une grille critériée. Celle-ci permet d'analyser et d'identifier la teneur de l'éthicisation du droit, afin d'en dégager et d'apprécier sur une échelle graduelle la conception de l'éthique mobilisée (approche principiste vs approche réflexive), ainsi qu'en arrière-plan, la représentation du droit mise de l'avant (modèle traditionnel vs droit souple). Les critères formulés nous permettent d'aborder les diverses ramifications des lois éthiques, afin d'en révéler l'orientation, et ce, d'une manière qualitative.

Sans s'attacher à la distinction entre remoralisation et éthicisation du droit, notre recherche a porté sur l'appropriation de l'éthique par le droit, afin de construire un outil d'analyse qui permette d'éclairer ce phénomène qui demeure tout de même récent en droit. Ce travail constitue le point de départ d'une réflexion théorique au sujet des lois éthiques et plus vastement, des transformations du droit, qui pourra être utile dans le cadre de futures recherches, tant pour le juriste ou l'éthicien qui cherche à cerner ce récent phénomène.

5.2 Contributions pratiques

En plus des contributions théoriques décrites précédemment, notre thèse comporte des contributions pratiques. Elle fournit tout d'abord une grille d'analyse applicable aux transformations du droit. Elle permet ensuite d'identifier la nature et la teneur d'une transformation du droit à l'étude à partir de donnée empirique (loi éthique ou autres).

Connaître cette orientation rehausse la compréhension du lecteur ou du destinataire de la norme juridique et lui permet, par exemple, de mieux saisir, concrètement, les obligations imputées. Cette connaissance peut également servir au législateur qui rédige une loi. En fonction des objectifs visés, il pourra par exemple adapter sa stratégie de rédaction et nommer convenablement ses lois pour en refléter l'orientation (par exemple : s'agit-il de déontologique ou d'éthique?, quelle conception de l'éthique est mobilisée?, etc.). Cette contribution est importante puisqu'elle permet d'utiliser un vocabulaire adapté aux situations et en cela, elle propose une solution concrète pour dépasser la confusion actuelle, dénoncée par les juristes et les philosophes.

Une autre contribution pratique se situe au niveau dialogique : cette thèse se veut une occasion de réflexion multidisciplinaire. Ainsi, la multidisciplinarité se révèle particulièrement riche du point de vue de la philosophie pratique (Lacroix, 2014b). De manière générale, la philosophie pratique a pour objet les actions et activités des hommes, dans un souci d'améliorer le vivre-ensemble. Pour ce faire, elle mobilise entre autres des compétences dialogiques, professionnelles, éthiques et méthodologiques, qui peuvent provenir de disciplines variées. Ainsi, cette thèse, de par les enjeux qu'elle soulève et la mobilisation d'un cadre conceptuel qui s'appuie à la fois sur les théories du droit et de l'éthique, et même de la sociologie, contribue au dialogue interdisciplinaire.

6 Limites et pistes de recherche

Ce chapitre a été l'occasion d'identifier les limites de notre travail, inhérentes principalement aux choix méthodologiques que nous avons été amenés à faire pour l'analyse des lois éthiques. Pour les fins de la présente thèse, nous avons limité notre échantillon de textes analysés, afin de fournir une première série de résultats valides et crédibles. Aussi, nous nous sommes concentrés sur des textes législatifs québécois, laissant en plan d'autres textes législatifs qui intègrent l'éthique ou d'autres transformations du droit, tels que présentées en introduction. Cela dit, notre travail ouvre de nombreuses perspectives de recherche. Par exemple, notre grille d'analyse de

l'éthicisation du droit pourrait subséquemment être appliquée à d'autres textes législatifs et même d'autres transformations du droit.

Qui plus est, la revue de littérature nous a permis de cerner la complexité des rapports entre l'éthique et le droit. En fait, tel que souligné précédemment, il semble plutôt qu'il faille parler des rapports entre les éthiques et les droits (ou les conceptions de l'une et l'autre). Ainsi, les distinctions entre les différentes conceptions du droit et de l'éthique demeure à explorer, par l'entremise notamment du pragmatisme juridique. Cette thèse est une tentative pour mieux comprendre l'arrière-plan qui sous-tend l'éthicisation du droit, du point de vue interdisciplinaire que permet la philosophie pratique. Ces pistes sont les preuves d'un champ de recherche encore jeune et de la difficulté d'analyser les complexes processus en jeu. En ce sens, ce champ de recherche devrait continuer à se développer afin de mieux cerner les multiples rapports du droit et de l'éthique, au regard de chacune de ces disciplines et de leurs interactions, ainsi que sur les diverses conceptions du droit et de l'éthique qui sont mobilisées dans l'interaction de ces disciplines.

Nous pensons par ailleurs que divers acteurs (ex : législateurs, juristes, éthiciens, sociologues, etc.) pourraient trouver pertinent d'appliquer notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit dans divers contextes. À titre indicatif, elle pourrait s'avérer un outil intéressant pour envisager la coordination de la diversité culturelle de nos sociétés. Nous songeons ici à une éventuelle application de notre grille à des lois qui visent spécifiquement la gestion de la diversité culturelle, tel le projet de loi n°398 : *Charte de la laïcité de l'État québécois* (2013d), qui a soulevé un réel tollé, au Québec. Notre grille peut constituer un outil performant dans l'identification de l'arrière-plan qui sous-tend ce projet de loi. Cet arrière-plan pourrait par la suite, par exemple, mener le législateur à approfondir sa réflexion entourant les orientations éthiques de son projet de loi, voire même faire d'autres choix que celui du droit pour réaliser son projet de cohabitation de la diversité religieuse, au Québec.

De plus, dans une perspective similaire, notre grille d'analyse de l'éthicisation du droit pourrait servir d'outil pour mener des études légales comparatives. Évidemment, l'outil que nous proposons pourrait être modifié pour des fins plus particulières. Avec le temps, il pourra même être bonifié par l'expérience de sa mise en œuvre par d'autres personnes. Dans une autre perspective, il serait par ailleurs pertinent de développer d'autres outils d'analyse connexes pour évaluer le degré d'adhésion ou de « réussite » des lois éthiques, de manière empirique. Par exemple, nous pourrions aborder cette question : les obligations, les incitatifs que portent les lois éthiques sont-ils réalisés dans le « monde vécu » ? Cette dernière préoccupation touche plus particulièrement l'implémentation des lois éthiques. Notre recherche ne s'est ni attardée à l'étude minutieuse du contexte d'adoption de ces lois, ni à celle de l'implémentation. Il s'agit là d'une limite de notre étude qui constitue sans doute une piste intéressante pour d'autres recherches.

Une autre piste de recherche a trait à la question fondamentale et délicate de la formation des professionnels du droit (juristes, magistrats, voire même des citoyens), face aux transformations récentes du droit. Par exemple, comment bien former les juristes actuels et ceux de demain eu égard aux différentes transformations du droit ? Quel pourrait être à ce titre l'apport des éthiciens, ceux des juristes, etc. ? Et puis, parallèlement à la formation des juristes, il est intrigant de voir comment évoluera *l'éthos* professionnel des avocats désormais confrontés à ces nouvelles réalités. Dans leur ensemble, les quelques pistes explorées dans cette section démontrent bien que les transformations du droit constituent un sujet riche et porteur, qui sauront retenir l'attention, de par les multiples enjeux qu'elles présentent.

7 Conclusion

Ce dernier chapitre nous a permis de prendre un recul face à la démarche amorcée depuis le début de notre thèse, afin d'articuler notre réflexion plus minutieusement, en fonction de notre question de recherche et des résultats obtenus préalablement. Nous avons débuté ce chapitre par une discussion sur les lois éthiques québécoises analysées au chapitre 3. Nous avons plus précisément présentés nos principaux résultats, puis mené

une étude plus détaillée de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, principalement à partir des textes publiés récemment, par Le Barreau du Québec, au sujet du projet de loi ayant mené à l'adoption de cette loi.

Cette démarche nous a mené tout naturellement à analyser plus directement la relation existant entre le droit et l'éthique. À cette fin, nous avons défini et discuté de trois types de rapport : la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence préalable au droit. Nous avons par la suite formulé une réponse assez détaillée à notre question de recherche portant sur les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois. Sommairement, nous avons soutenu la thèse suivante, à savoir que l'éthicisation des lois éthiques dans une approche principiste est possible sans condition, tandis que l'éthicisation des lois éthiques dans une approche réflexive nécessite le déploiement d'une démarche éthique pleine et entière, ce qui se traduit pour la condition suivante : la loi éthique doit référer à l'éthique, sans pour autant s'approprier celle-ci en imposant des balises, des processus ou autres mesures limitative à ses destinataires. En ce sens, nous en avons appelé à un redéploiement du droit et de l'éthique (réflexive) à titre autonome et complémentaire pour assurer un vivre-ensemble de qualité. En terminant, nous avons présenté les principales contributions théoriques et pratiques de notre thèse, puis ses principales limites et pistes pour d'autres recherches.

CONCLUSION

1 Conclusion générale et retour sur la démarche

Dans le cadre de cette thèse, nous souhaitions étudier les récentes transformations du droit qui intègrent l'éthique, afin d'approfondir notre compréhension du rapport droit/éthique et en éclairer les orientations. L'objectif plus particulier était d'apprécier la validité des lois éthiques, au plan conceptuel, du point de vue de l'éthique. Après avoir documenté plus généralement la récente redéfinition du droit et ancré son fondement épistémologique du côté de la philosophie du droit, nous avons fait un double constat. D'une part, nous avons convenu de la diversité de la redéfinition actuelle du droit et d'autre part, nous avons démontré qu'il était impossible d'ancrer ces transformations actuelles du droit de point de vue de l'éthique, selon deux pôles, l'approche principiste et l'approche réflexive.

Cette étape fut marquante puisqu'elle a révélé la nécessité de concevoir un outil pour conceptualiser les bases théoriques des transformations du droit, du point de vue de l'éthique. Afin de nous engager dans une telle démarche, il nous fallait d'abord construire un cadre conceptuel suffisamment étoffé pour justifier notre entreprise. Nous nous sommes afférés à cette tâche. Dans un premier temps, afin de clarifier notre propos et mieux situer notre démarche, nous avons nommé et défini le phénomène des récentes transformations du droit qui intègrent l'éthique, soit l'éthicisation du droit. Par la suite, nous avons exposé les différentes conceptions de l'éthique admises généralement par la communauté philosophique et souligné la difficulté, voire l'impossibilité, de fournir une définition commune et universelle de l'éthique. Afin de construire un outil d'analyse de l'éthicisation du droit le plus complet possible, à la lumière de ce fait, nous avons décidé d'inclure diverses conceptions de l'éthique à notre grille d'analyse, plutôt que de retenir une seule définition de l'éthique. Ceci nous apparaissant d'autant plus justifié par le fait que les transformations actuelles du droit actualisent diverses conceptions de l'éthique,

parfois plus déontiques, parfois plus réflexives. Ainsi, nous souhaitions être à même de capter et d'analyser ces nuances, à l'aide de notre outil d'analyse.

Cette étape nous a mené à faire d'autres choix. D'une part, il nous semblait inévitable de faire converger nos efforts dans la présente thèse vers l'étude d'une seule transformation du droit. En effet, il nous est apparu impossible de traiter simultanément des transformations du droit définies en introduction, pour la mise en œuvre de notre grille d'analyse. Nous avons donc choisi de nous consacrer à l'examen des lois éthiques, de par leur caractère novateur et des enjeux qu'elles posent, tant pour les juristes que les philosophes, dans le contexte actuel québécois. Ce choix apparaissait d'autant plus justifié de par le fait que ce doctorat s'inscrit dans le cadre de la philosophie pratique, qui cherche justement à faire des ponts entre théories et pratiques. Il s'agissait donc d'un terrain tout indiqué pour cette thèse.

Afin de restreindre le cadre conceptuel sous-jacent à notre grille d'analyse, nous avons identifié deux approches, soit l'approche principiste et l'approche réflexive. Pour ce faire, nous avons recoupé la déontologie et le principisme, approches compatibles au plan épistémologique. Par la suite, nous avons complété quelques étapes et démonstrations préliminaires, dans le but ultime de fournir les bases conceptuelles nécessaires afin d'identifier les conditions de validité des lois éthiques, en contexte québécois. Il convient de rappeler sommairement ces étapes.

Nous avons d'abord décliné trois phases distinctes au phénomène d'éthicisation du droit. La première remonte à l'adoption des Chartes et la transformation de rôle des juges. La seconde touche aux alternatives mises en place en réponse aux insuffisances du droit, telle que la médiation. Et enfin, la dernière réfère à une reformulation de l'énonciation de la norme juridique, par l'entremise des phénomènes du droit souple et des lois éthiques. Pour les deux premières phases, nous nous sommes particulièrement appuyés sur les écrits de Legault, tandis que pour la troisième, nous sommes allés puiser les constats d'auteurs variés et posé nous-même l'hypothèse de l'existence de cette troisième phase, à la lumière de ces écrits. Cette déclinaison tripartite au phénomène d'éthicisation du droit

a par ailleurs permis de mieux illustrer en quoi celle-ci constituait une réponse aux insuffisances du droit.

Qui plus est, afin de refléter le caractère hétéroclite de l'actuelle éthicisation du droit, dans notre propre travail, nous avons conservé les différentes conceptions de l'éthique mobilisées par les législateurs. Tel que mentionné précédemment, elles se regroupent selon deux pôles : les composantes réflexives et les composantes déontiques (principistes). Nous avons rattaché ces composantes à deux courants en philosophie (l'approche principiste et l'approche réflexive), en fournissant les démonstrations requises.

Une fois ces bases théoriques posées, nous avons entamé, au chapitre 2, la construction de notre grille d'analyse, en vue d'éclairer le phénomène de l'éthicisation du droit. L'éclairage que permet notre grille est double. L'outil fournit à la fois un éclairage quant à la représentation du droit mobilisée (modèle traditionnel ou droit souple) et celle de l'éthique mobilisée (approche réflexive ou approche principiste). Afin d'obtenir une modélisation de l'éthicisation du droit, six critères constituent les principaux paramètres de la grille d'analyse. Pour bien camper notre réflexion et justifier ces critères, nous avons fait appel à une vaste littérature, tant en philosophie, en droit, qu'en sociologie. Ces références de champs disciplinaires autonomes témoignent bien de l'approche multidisciplinaire adoptée dans cette thèse. Cette approche est riche puisqu'elle permet de dépasser la simple analyse des transformations du droit, uniquement du point de vue du philosophe.

Une autre étape importante de notre thèse fut l'application de notre grille d'analyse à des extraits de lois ou de projets de lois éthiques québécois. Au chapitre 3, nous avons sélectionné et analysé quatre textes législatifs récents (moins de 5 ans): 1) la *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 2) la *Loi concernant les soins de fin de vie*, 3) le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats* et 4) la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Puisque nous résumerons nos principaux résultats à la section suivante, intitulée résultats, nous ne nous y attarderons pas ici.

Le chapitre 4 fut l'occasion de mener une discussion sur nos résultats. Nos efforts ont convergé vers l'analyse de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, pour diverses raisons, qui se rattachent essentiellement à l'importance de ce texte de loi dans le système judiciaire et au résultat de l'application de notre grille qui indique que le titre 1 de ce projet est éthicisé selon l'approche réflexive. Ce résultat est crucial puisqu'il s'agit du seul texte étudié éthicisé, selon l'approche réflexive. Rapidement, nous avons constaté que les discussions entourant ce projet de loi, les enjeux qu'il pose, menaient à une réflexion, plus fondamentalement, sur la relation droit/éthique. Cette relation s'avère centrale à notre entreprise et nous y avons consacré une section entière.

Plus précisément, trois types de relation droit/éthique ont retenu notre attention: la subsidiarité, la complémentarité et l'éthique comme compétence préalable au droit. Ces éléments étaient précieux afin de compléter notre cadre conceptuel et fournir les outils afin de répondre à notre question de recherche. À cet égard, nous résumons brièvement notre position en ces termes. Les lois éthiques dans une approche principiste ne nécessitent aucune condition, tandis les lois éthiques dans une approche réflexive nécessitent le déploiement d'une démarche éthique pleine et entière, ce qui se traduit par la condition suivante : la loi éthique doit référer à l'éthique réflexive, sans pour autant s'approprier celle-ci en imposant des balises, des processus ou autres mesures limitatives à ses destinataires.

Cette thèse s'explique en deux temps. D'abord, étant donné la proximité et la compatibilité entre l'approche principiste et le droit, les lois éthiques fondées selon cette approche ne nécessitent aucune condition. Inversement, les lois éthiques fondées sur l'approche réflexive doivent répondre à une condition, soit celle de pleinement octroyer l'espace et la liberté requise aux destinataires afin de s'engager et de mener une réelle démarche éthique. La nature même de l'éthique réflexive justifie une reconnaissance pleine, entière et autonome de la démarche éthique, tant aux plans théorique qu'empirique, tel que démontré.

Enfin, les principales contributions de la présente thèse, d'ordres théorique et pratique, facilitent une meilleure compréhension de la redéfinition du droit. Poser un regard sur cette nouvelle réalité qui demeure encore souvent mal comprise contribue à lever quelque peu l'actuelle confusion que d'aucuns observent. En ce sens, nous espérons que notre travail contribuera à dissiper cet embrouillement de par les ancrages qu'il fournit pour comprendre et appréhender cette nouvelle donne juridique et sociale. La section ci-après relate les principaux résultats obtenus.

2 Sommaire des principaux résultats

Nous pouvons résumer les principaux résultats de notre étude ainsi :

- Tout d'abord, la revue de littérature en philosophie du droit complétée en introduction nous dévoile que les transformations récentes du droit sont largement associées au pragmatisme juridique;
- Bien que la littérature fasse état des transformations du droit, peu d'auteurs se sont attardés à en dresser une typologie, d'où la nécessité de se doter d'un cadre conceptuel interdisciplinaire et d'élaborer un outil d'analyse à partir des orientations prises par les transformations du droit, tel que nous l'avons effectué ;
- La mise en œuvre de notre grille d'analyse révèle que la moitié des quatre lois éthiques québécoises étudiées sont associées à l'éthicisation du droit, selon une approche principiste. Un seul texte est éthicisé dans une approche réflexive et un seul texte correspond au modèle traditionnel du droit;
- Le titre 1 de la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* représente l'innovation la plus poussée parmi les textes analysés : il s'associe à l'éthicisation du droit, selon l'approche réflexive. Par son entremise, le législateur rend explicite

l'alternative que constituent les modes de PRD à toute procédure civile, ce qui est inédit;

- À notre question de recherche [quelles sont les conditions de validité conceptuelle des lois éthiques en contexte québécois?] nous soutenons que les lois éthiques fondées selon l'approche principiste en éthique ne nécessitent aucune condition, mais celles qui sont fondées selon une approche réflexive nécessitent un plein déploiement d'une démarche éthique, et ce, à l'extérieur du droit;
- En effet, puisque les risques associés à la juridicisation de l'éthique s'accroissent lorsque le droit s'éthicise dans une approche réflexive, ils pourraient bien engendrer d'autres problèmes et défis, tant pour le droit que l'éthique; d'où la nécessité de poser une condition lorsque le droit s'éthicise selon cette perspective;
- La confusion entourant les récentes transformations du droit mérite d'être dépassée par une réflexion rehaussée sur l'usage du terme « éthique » dans les textes normatifs et du respect de la condition de validité conceptuelle des lois éthiques selon l'approche réflexive, tel que posé dans cette thèse;
- En lien avec le point précédent, le terme « déontologie » devrait être utilisé dans les textes normatifs pour désigner l'éthique principiste, tel que c'est présentement le cas pour le projet de règlement du *Code de déontologie des avocats*;

En terminant, les résultats et les bases conceptuelles déployées dans la présente thèse contribuent à nourrir les réflexions à l'égard de l'actuelle redéfinition du droit. Ce phénomène riche et complexe mérite pleinement notre attention.

BIBLIOGRAPHIE

1 Documents légaux

Assemblée nationale du Québec. (1973 et 1974). *Code des professions*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2010). *Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2011a). Projet de loi n°94 : *Loi établissant les balises encadrant les demandes d'accommodement dans l'administration gouvernementale et dans certains établissements*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2011b). *Avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2013a). Projet de loi n°52 : *Loi concernant les soins de fin de vie*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2013b). *Horaires des auditions, Commission de la santé et des services sociaux*, Consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 52, Loi concernant les soins de fin de vie.

Assemblée nationale du Québec. (2013c). Projet de loi n°28 : *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2013d). Projet de loi no 398 : *Charte de la laïcité de l'État québécois*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2014a). *Loi concernant les soins de fin de vie*, Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. (2014b). *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.R.Q., C-25-01. Éditeur officiel du Québec.

Assemblée nationale du Québec. *Code de procédure civile*, L.R.Q., C-25. Éditeur officiel du Québec.

La Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

Gouvernement du Québec, ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire (MAMROT). (2012). *Rapport sur la mise en œuvre de la Loi sur l'éthique et la déontologie en matière municipale*, 17 p.

2 Littérature en droit, sociologie et éthique

- Amselek, Paul. 1982. « L'évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales ». *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, p. 274-294.
- Amselek, Paul. 1990. « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques ». *Revue de métaphysique et de morale*, p. 385 -413.
- Amselek, Paul. 1994. *Théorie du droit et science*. Paris : Presses universitaires de France, 325p.
- Archives de philosophie du droit, 1963. *Le dépassement du droit*. Paris : Sirey, 344 p.
- Argyris, Chris et Donald A. Schön. 1978. *Theory in Practice : Increasing Professional Effectiveness*. San Francisco : Jossey-Bass, 260 p.
- Aristote. 2008. *Éthique à Nicomaque*. trad. J. Voilquin, Paris : Flammarion, 512 p.
- Arnaud, André-Jean. 2009. « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence Juridique », In *La force normative : naissance d'un concept*, sous la dir. de Catherine Thibierge, p. 13- 18. Paris : Bruylant.
- Aiguier, Grégory et al. 2012. « Du pragmatique au pragmatisme : quels enjeux pour la formation à l'éthique ». *Journal international de bioéthique*, no 3-4 (23), p. 1 à 26.
- Austin, John Langshaw. 1962. *How to Do Things with Words*. Coll. « Points Essais », trad. G. Lane (1970), Paris : Editions du Seuil, 207 p.
- Badimboli, Atibasay Jean-Faustin. 2003. « La double impuissance du positivisme juridique au regard de la normativité du droit international ». *Revue Générale de Droit*, no 33, p. 1-38.
- Badiou, Alain. 1993. *L'éthique*. Paris : Hatier, 80 p.
- Balmer, Alexandre et Jacques Hébert. 2009. « Les médiations en question ». *Nouvelles pratiques sociales*, no 21 (2), p. 20-30.
- Barreau (Le). 2012. *Avant-projet de Code de déontologie des avocats*. En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/avocats/avis/2012/20121001-code-deonto> [Consulté le 15 février 2014].

- Barreau (Le). 2013a. « Projet de loi 28, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* : La réforme du Code de procédure civile ouvre sur un changement de culture nécessaire ». Communiqués 2013, En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2013/09/13-code-procedure> [Consulté le 2 novembre 2013].
- Barreau (Le). 2013b. *Mémoire du Barreau du Québec sur le projet de loi no 28 intitulé Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*. Présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 263 p.
- Barreau (Le). 2013c. *Projet de loi 28, la Loi instituant le nouveau Code de procédure civile La réforme du Code de procédure civile ouvre sur un changement de culture nécessaire*. Communiqués 2013, En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiques/2013/09/13-code-procedure> [Consulté le 23 décembre 2013].
- Barreau (Le). 2014. *Projet de règlement Code de déontologie des avocats*. Gazette officielle du Québec, 146e année, no 7, p. 510-524, En ligne : <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=61031.pdf> [Consulté le 3 octobre 2014].
- Batiffol, Henri. 1969. *La philosophie du droit*. Coll. « Que sais-je », Paris : Presses universitaires de France, 124 p.
- Beauchamp, Tom et James Childress. 2008. *Principles of Biomedical Ethics*. 6^e ed. Oxford : Oxford university press, 480 p.
- Beck, Ulrich. 1986. *La Société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*. Paris : Flammarion- Champs, 2003, 522 p.
- Beck, Ulrich, Anthony Giddens et Scott Lash. 1994. *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Stanford : Scott Lash Stanford University Press, 240 p.
- Beecher, Henry K. 1966. « Ethics and medical research » *The New England Journal of Medicine*, no 24(274), p. 1354-1360.
- Bégin, Luc. 1995. *La Cour suprême et les conflits de représentations ultimes : l'exemple de l'arrêt Rodriguez*, sous la dir. de Josiane Boulad-Ayoud. Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque Diké. Montréal : Association canadienne-française pour l'avancement de sciences, 299 p.
- Bégin, Luc. 1997. « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits » *Les Cahiers de Droit*, no 38 (2), p. 417-436.

- Bégin, Luc. 1998. « Le droit comme substitut à la morale ? » IIIe conférence des juristes de l'État, Québec, p. 357-368.
- Bégin, Luc. 1999. « L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective », In *Éthique de société*, sous la dir. de Georges A. Legault, Alejandro Radadonath et Guy Bourgeault, p. 220-240, Sherbrooke : Éditions GGC.
- Bégin, Luc. 2009. « Et si on parlait vraiment d'éthique dans les municipalités ? ». *Éthique publique*, no 11 (2), p. 187-190.
- Bégin, Luc. 2010. « Faire des lois sur l'éthique », colloque organisé par l'IDÉA, sous la dir. de Luc Bégin, dans le cadre du Congrès de l'Acfas 2010 (Association canadienne-française pour l'avancement des sciences), tenu les 11 et 12 mai 2010, Université de Montréal.
- Bégin, Luc. 2011a. « Légiférer en matière d'éthique : le difficile équilibre entre éthique et déontologie ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 39-61.
- Bégin, Luc. 2011b. « Présentation ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 5-8.
- Bélanger, Rodrigue et al. 1991. *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*. Cahiers de recherche Éthique. Sherbrooke : Fides, 251 p.
- Belley, Jean-Guy. 1986. « L'État et la régulation juridique des sociétés globales; Pour une problématique du pluralisme juridique ». *Sociologie et sociétés*, no 18 (1), p. 11-32.
- Belley, Jean-Guy. 1996. *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de Jean-Guy Belley. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 278 p.
- Belley, Jean-Guy. 2002. « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit ». In *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, p. 135-163. Bâle : Helbing & Lichtenham.
- Benner, Patricia E. et Judith Wrubel. 1989. *The Primacy of Caring : Stress and Coping in Health and Illness*. Menlo Park : Addison-Wesley, 425 p.
- Bentham, Jeremy. 1834. *Deontology or the Science of Morality*. Coll. « Bibliothèque hédoniste », Paris : Versannes : Encre marine, Trad. 2006, 443 p.
- Benyekhlef, Karim. 2008. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*. Montréal : Les éditions Thémis, 934 p.
- Bernatchez, Stéphane. 2006. « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire ». *Revue du Barreau canadien / Canadian Bar Review*, no 85, p. 221-254.

- Bernatchez, Stéphane. 2009a. «Les défis de la gouvernance par le droit dans une société multiculturelle et pluraliste». In *Actes du colloque La FINUL : 30 ans d'existence. Signe de pérennité?*, sous la dir. de Fady Fadel et Cynthia Eid. éd. de l'Université Antonine, p. 247-263, Bruxelles : Hadath-Baabda, Bruylant.
- Bernatchez, Stéphane. 2009b. «Un rapport au droit difficile. La commission Bouchard-Taylor et les accommodements raisonnables», In *Les Journées strasbourgeoises 2008 (Institut canadien d'études juridiques supérieures)*, Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis, p. 69-92, Cowansville : Éditions Yvon Blais.
- Bernatchez, Stéphane. 2012. « Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits ». *Revue québécoise de droit constitutionnel*, no 4, p. 61-85.
- Bertea, Stefano. 2008. « Towards a New Paradigm of Legal Certainty ». *Legisprudence*, no 2 (1), p. 25-45.
- Besnier, Jean-Michel. 2005. *Les théories de la connaissance*. Coll. « Que sais-je », Paris : Presses universitaires de France, 128 p.
- Billier, Jean-Castier et Aglaé Maryioli. 2001. *Histoire de la philosophie du droit*. Paris : Armand Colin, 328 p.
- Billier, Jean-Castier. 2010. *Introduction à l'éthique*. 1ere édition. Paris : Presses Universitaires de France, 285 p.
- Bibeau, Vincent. 2011. « L'éthique et la déontologie dans la fonction publique québécoise : complémentarité ou confusion ? ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 25-37.
- Bisson, Claude. 2011. « Pourquoi légiférer l'éthique ? Pour apaiser le public ou pour soutenir l'exercice d'une charge publique ? ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 11-23.
- Blais, François. 1994a. « Philosophie du droit et philosophie des droits ». *Philosophiques*, no 21(2), p. 607-516.
- Blais, François. 1994b. « La philosophie du droit a-t-elle besoin d'une philosophie des droits? ». *Philosophiques*, no 21 (1), p. 241-251.
- Blustein, Jeffrey. 1991. *Care and Commitment : Taking the Personal Point of View*. New-York-Oxford : Oxford University press, 288 p.
- Bobbio, Noberto. 1998. *Essais de théorie du droit*. Coll. « La pensée juridique », Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 286 p.
- Boisvert, Yves et als. 2003. *Petit manuel d'éthique appliquée à la gestion publique*. Liber : Montréal, 145 p.

- Boisvert, Yves. 2003-2006. *Vers un nouveau cadre d'analyse en éthique appliquée : consolidation théorique et de sa valeur heuristique à partir de l'éthique appliquée en contexte gouvernemental*, Fonds Québécois de la Recherche sur la Société et la Culture (FQRSC). Recherche innovante, 3 ans. Co-chercheurs : Jacques Beauchemin, André Lacroix, Georges-A. Legault.
- Boisvert, Yves. 2012. « Éthique publique », In *Le Dictionnaire encyclopédique de l'administration publique*, sous la dir. de Louis Côté et Jean-François Savard. En ligne : www.dictionnaire.enap.ca [Consulté le 29 décembre 2013].
- Bonnet, François et Bénédicte Robert. 2009. « La régulation éthique de la recherche aux États-Unis : histoire, état des lieux et enjeux ». *Genèse*, no 75 (2), p. 87 à 108.
- Bosset, Pierre. 2007. « Limites de l'accommodement : le droit a-t-il tout dit? ». *Éthique publique*, no 8 (3), p. 165-168.
- Boucher, Jacques L. 2001. « Transformations sociales et orientation de société », In *Mutations de société et quête de sens*, sous la dir. de Jacques L. Boucher, Guégorgui Fotev et Svetla Koleva, p. 19-44, Montréal : Éditions Lik.
- Brint, Michael et William Weaver. 1991. *Pragmatism in Law and Society*. Boulder : Westview Press, 400 p.
- Cadiet, Loïc. 2007. « Penser et connaître le droit dans un système complexe », In *Droit et complexité: pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, sous la dir. de Mathieu Doat, Jacques Le Goff et Philippe Pédrot, p. 135-140. Rennes : Presses Universitaires de Rennes.
- Canto-Sperber, Monique. 2005. *Le Bien, la guerre, la terreur. Pour une morale internationale*. Paris : Plan, 360 p.
- Caratini, Roger. 2012. *Initiation à la philosophie*. Paris : Éditions Archipoche, 718 p.
- Carbonnier, Jean. 2001. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e édition, Paris : Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 419 p.
- Carbonnier, Jean. 2002. *Droit civil. Introduction*. Coll. « Thémis droit privé », 27^e édition, Paris : Presses universitaires de France, no 12, 384 p.
- Castel, Robert. 1995. *Les métamorphoses de la question sociale*. Paris : Fayard, 490 p.
- Chevallier, Jacques. 2003. *L'État post-moderne*. Paris : Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 226 p.

- Christian, Hervé, Bartha Maria Knoppers, Patrick A. Molinari et Grégoire Moutel. 2002. *Éthique médicale, bioéthique et normativité*. Paris : Université René-Descartes (Paris V), 221 p.
- Coleman, Jules L. 1982. « Negative and Positive Positivism ». *The Journal of Legal Studies*, no 11 (1), p. 139-164.
- Coleman, Jules L. 2007. « Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence ». *Oxford Journal of Legal Studies*, no 27 (4), p. 581-608.
- Coleman, Jules L. et Jody Kraus. 1986. « Rethinking the Theory of Legal Rights ». *The Yale Law Journal*, no 95 (7), p. 1335-1371.
- Commission nationale pour la Protection des sujets humains dans le cadre de la recherche biomédicale et comportementale. 1979. *Rapport Belmont : principes éthiques et directives concernant la protection des sujets humains dans le cadre de la recherche*. En ligne : <http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/CdeR/BER/rapportbelmont.pdf> [Consulté le 18 décembre 2013].
- Comte-Sponville, André. 2000. *Présentations de la philosophie*. Paris : Albin Michel, 219 p.
- Conseil d'État de France. 2006a. *Sécurité juridique et complexité du droit*, 400 p. En ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000245/> [Consulté le 27 mars 2013].
- Conseil d'État de France. 2006b. *Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit*, 412 p. En ligne : <http://www.conseil-etat.fr/media/document//rapportpublic2006.pdf> [Consulté le 2 janvier 2014].
- Conseil d'État et la juridiction administrative. (2013). Communiqué : *Étude annuelle 2013 : Le droit souple*, En ligne: http://www.conseil-etat.fr/fr/communiqués-de-presse/etude_annuelle_2013_le_droit_souple-kuy.html [Consulté le 27 octobre 2013].
- Coutu, Michel, 1988. « L'idée de droit naturel à la lumière de la sociologie juridique de Max Weber ». *Les Cahiers de droit*, no 29 (1), p. 121-146.
- Cranor, Carl F. 1986. « Political Philosophy, Morality and the Law ». *The Yale Law Journal*, no 95 (5), p. 1066-1086.
- Crowe, Jonathan. 2007. « Natural Law in Jurisprudence and Politics ». *Oxford Journal of Legal Studies*, no 27 (4), p. 775-794.

- Delmas-Marty, Mireille. 2007. « Préface : la tragédie des trois C », In *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, sous la dir. de Mathieu Doat et al., p. 5-10. Rennes : Presses Universitaires de Rennes.
- Delmas-Marty, Mireille. 2008. « La grande complexité juridique du monde », In *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique, autour d'Henri Atlan*, sous la dir. de Paul Bourguine et al., p. 349-362, Paris : éditions La Découverte.
- De Schutter, Olivier. 1999. *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles : Bruylant, p. 1164.
- DeMunck, Jean. 1997. « Normes et procédures : les coordonnées d'un débat ». In *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité ?* sous la dir. De Jean De Munck et Marie Verhoeven, p. 25-63. Bruxelles : De Boeck.
- Destrée, Pierre. 2000. « Aristote et la question du droit naturel ». *Phronéis*, no 45(3), p. 220-239.
- Dermange, François et Laurence Flachon. 2002a. *Éthique et droit*. Genève : Labor et Fidès, 219 p.
- Dermange, François et Laurence Flachon. 2002b. « Introduction ». In *Éthique et droit*, sous la dir. de François Dermange et Laurence Flachon, p. 9-16. Genève : Labor et Fidès.
- De Terssac, Gilbert. 2012. « La théorie de la régulation sociale : repères introductifs ». *Revue interventions économiques*, no 45, En ligne: <http://interventionseconomiques.revues.org/1476> [Consulté le 22 mai 2013].
- Dewey, John. 1993. *Logique la théorie de l'enquête John Dewey*. Coll. « Interrogation philosophique », 2^e éd., trad. G. Deledalle, Paris : Presses universitaires de France, 693 p.
- Dewey, John. 2012. *Expérience et nature*. trad. J. Zask, Paris : Gallimard, 480 p.
- Diderot, Denis. « Droit naturel ». In *Œuvres*, éd. Robert Laffont, Coll. « Les classiques des sciences sociales », Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, p. 3-7.
- Diebolt, Serge. 2000. « Le droit en mouvement : élément pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques ». Thèse de doctorat, Nanterre: Université de Paris X, 458 p.
- Doat, Mathieu, Le Goff Jacques et Philippe Pedrot (dir.). 2007. *Droit et complexité : pour une nouvelle intelligence du droit vivant*. Coll. « L'Univers des normes », Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 254 p.

- Droz, Yvan et Jean-Claude Lavigne. 2006. *Éthique et développement durable*. Paris : Karthala. 176 p.
- Dubar, Claude. 2006. « Le pluralisme en sociologie : fondements, limites, enjeux ». *Sociologos. Revue de l'association française de sociologie*, 1. En ligne : <http://sociologos.revues.org/20> [Consulté le 1 juillet 2014].
- Dubet, François et Danilo Martuccelli. 1998. *Dans quelle société vivons-nous?* Paris : Éditions du Seuil, 322 p.
- Dubreuil, Benoît. 2011. « Réguler l'éthique par le droit ». *Revue philosophique, Philosophie analytique du droit*, no 21, p. 78-111.
- Dufresne, Éric. 1999. « Le plus grand problème à résoudre, de dire l'ancien ministre de la Justice Serge Ménard : l'accessibilité à la justice ». *Journal du Barreau*, no 31(1). En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol31/no1/accessibilite.html> [Consulté le 29 décembre 2013].
- Dumbauld, Edward. 1935. « The place of Philosophy in International Law ». *University of Pennsylvania Law Review. In American Law Register*, no 83 (5), p. 590-606.
- Dupret, Baudoin. 2006. *Le Jugement en action : ethnométhodologie du droit, de la morale et de la justice en Egypte*. Coll. « Travaux de sciences sociales », no 37, Genève : Librairie Droz, 496 p.
- Durand, Guy. 1994. « Coordonnées de base de l'éthique ». *Laval théologique et philosophique*, no 50 (30), p. 467-480.
- Durand, Guy. 2004. *Pour une éthique de la dissidence : liberté de conscience, objection de conscience et désobéissance civile*. Montréal : Liber, 151 p.
- Dworkin, Ronald. 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge : Havard University Press, 295p.
- Dworkin, Ronald. 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 425 p.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge : Havard University Press, 470 p.
- Dworkin, Ronald. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge : Belknap Press, 528 p.
- Dyzenhauss, David, et Arthur Ripstein. 2003. *Law and Morality. Readings in Legal Philosophy*. 2^e éd., Toronto : University of Toronto Press, 1061 p.
- Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 424 p.

- Fletcher, F. Joseph. 1966. *Situation Ethics : A New Morality*. Philadelphia : Westminster John Knox Press, 176 p.
- Fortin, Pierre. 1995a. *La morale, l'éthique et l'éthicologie. Une triple façon d'aborder les questions d'ordre moral*. Sainte-Foy : Presses de l'Université du Québec, 138 p.
- Fortin, Pierre. 1995b. *Guide de déontologie en milieu communautaire*. Sainte-Foy : Presses de l'Université du Québec, 148 p.
- Fuller, Lon L. 1958. « Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart ». *Harvard Law Review*, no 71, p. 630-672.
- Fuller, Lon L. 1964. *The Morality of Law, Revised ed.* New Haven: Yale University Press, 202 p.
- Frank, Jérôme. 1948. « Say it with Music ». *Harvard Law Review*, no LXI, p. 921-957.
- Frega, Roberto. 2006. *Pensée, expérience, pratique- Essai sur la théorie du jugement de John Dewey*. Paris : Harmattan, 308 p.
- Genard, Jean-Louis. 2000. *Les dérèglements du droit. Entre attentes sociales et impuissance morale*. Genève : Labor, 95 p.
- Gény, François. 1919. *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, essai Critique*. 2^e éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 436 p.
- Giddens, Anthony. 1987. *La constitution de la société*. Paris : Presses universitaires de France, 474 p.
- Giddens, Anthony. 1994. *Les conséquences de la modernité*. Paris : l'Harmattan, 192 p.
- Gilligan, Carol. 1982. *In a Different Voice. Psychological Theory and Women*, Cambridge : Harvard University Press, 184 p.
- Glenn, H. Patrick. 2005. « La Disposition préliminaire du Code civil du Québec, le droit commun et les principes généraux du droit ». *Les Cahiers de droit*, no 46 (1-2), p. 339-352.
- Glenn, H. Patrick. 2007. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. 3^e éd., New York : Oxford University Press, 418 p.
- Goyard-Fabre, Simone. 2002. « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui ». In *Éthique et droit*, sous la dir. de François Dermange et Laurence Flachon, p. 19-42. Genève : Labor et Fidès.

- Goyard-Fabre, Simone. 2004. *Philosophie critique et raison juridique*. Paris : Presses universitaires de France, 253 p.
- Goyard-Fabre, Simone. 2007a. « Positivisme Juridique et Modernité [notes] ». *Revue Générale de Droit*, no 37(1), p. 7-20.
- Goyard-Fabre, Simone. 2007b. *Re-penser la pensée du droit: les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*. Paris : Librairie philosophique, 186 p.
- Goyard-Fabre, Simone et René Sève. 1986. *Les grandes questions de la philosophie du droit*. Paris : Presses universitaires de France, 323 p.
- Guillaume-Hofnung, Michèle. 2007. *La médiation*. Paris : Presses universitaires de France, 128 p.
- Habermas, Jürgen. 1978. *Raison et légitimité : problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*. Paris : Payot, Coll. « Critique de la politique », 212 p.
- Habermas, Jürgen. 1997. *Droit et démocratie entre faits et normes*. Paris : Gallimard, 551 p.
- Habermas, Jürgen. 1992. *De l'éthique de la discussion*. Paris : Les éditions du Cerf, 208 p.
- Habermas, Jürgen. 2012. *La constitution de l'Europe*. Paris : Gallimard, 224 p.
- Hart, H.L.A. 1958. « Positivism and the Separation of the Law and Morals ». *Harvard Law Review*, no 71, p. 529-593.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2^e éd., Oxford : Clarendon Press, 263 p.
- Hélaridot, Valentine. 2005. « Précarisation du travail et de l'emploi : quelles résonances dans la construction des expériences sociales ? », *Empan*, no 4(60), p. 30-37, En ligne : www.cairn.info/revue-empan-2005-4-page-30.htm [Consulté le 2 juillet 2014].
- Heurtin, Jean-Philippe et Nicolas Molfessis. 2006. *La sociologie du droit de Max Weber*. Dalloz-Sirey, Coll. « L'esprit du droit », sous la dir. Jean-Philippe Heurtin et Nicolas Molfessis, 228 p.
- Himma, Kenneth Einar. 2005. « Natural Law ». *Internet Encyclopedia of Philosophy*, En ligne : <http://www.iep.utm.edu/natlaw/> [Consulté le 2 mars 2013].
- Holmes, Oliver Wendell Jr. 1881 (1909). *The Common Law*. Boston : Little, Brown and Company, 422 p.

- Holmes, Oliver Wendell. 1897. « The Path of the Law ». *Havard Law Review*, no X, p. 457-478.
- Hogg, Peter W. 2010. *Constitutional Law of Canada*. Student ed., En ligne : <http://www.gobookee.net/hogg-constitutional-law-of-canada-student-edition/> [Consulté le 26 juin 2013].
- Huges, Robert C. 2013. « Law and Coercion ». *Philosophy Compass*, no 8 (3), p. 231-240.
- Issalys, Pierre. 1992. « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation ». *Les Cahiers de droit*, no 33 (3), p. 665-699.
- Issalys, Pierre et Denis Lemieux. 2009. *L'action gouvernementale*. 3^e éd., Montréal : Yvon Blais, 1608 p.
- Iwata, Fumiaki. 1994. « Paul Ricœur et la philosophie réflexive ». *Études phénoménologiques*, no 10 (20), p. 101-117.
- Jaccoud, Mylène. 2009. « Origine et fondements de la médiation sociale au Québec : un double ancrage ». *Nouvelles pratiques sociales*, no 21 (2), p. 93-108.
- Jobin, Guy. 2002. « La normativité de la bioéthique : sa structure et son développement ». In *Éthique médicale, bioéthique et normativité*, sous la dir. de Hervé Christian, Bartha Maria Knoppers, Patrick A. Molinari et Grégoire Moutel, p. 11-21. Séminaire d'experts, Paris : Université René-Descartes (Paris V).
- Kant, Emmanuel. 1985. *Fondements de la métaphysique des mœurs*, trad. V. Delbos, Paris : Delagrave, 211 p.
- Kelsen, Hans. 1960. *Pure Theory of Law*, 2^e éd., trad. M. Knight (1967). Berkley : University of California Press, 356 p.
- Knopff, Rainer et F. L. Morton. 1992. *Charter Politic*. Scarborough: Nelson Canada, p. 385-400.
- Kuhn, S. Thomas. 1972. *La structure des révolutions scientifiques*. Paris : Flammarion, 284 p.
- Lacroix, André. 2002-03. « L'éthique et les limites du droit ». *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, no 33 (1-2), p. 195-218.
- Lacroix, André, Louise Lalonde et Georges A. Legault. 2002-03. « Les transformations sociales et la théorie normative du droit ». *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, no 33, p. 1-11.

- Lacroix, André. 2011a. « La nouvelle contingence humaine ». In *Redéployer la raison pratique : pour une éthique pragmatique*, sous la dir. d'André Lacroix, p. 115-133. Montréal : Liber.
- Lacroix, André. 2011b. « L'insuffisance du droit en matière d'éthique ou les lois sur l'éthique : voyage au pays de l'absurde! ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 95-115.
- Lacroix, André (dir.). 2011c. *Redéployer la raison pratique : pour une éthique pragmatique*, Montréal : Liber, 138 p.
- Lacroix, André. 2013. *Entre la norme et le laisser-faire : comment reformuler la question éthique ? (Présentation Powerpoint, conférence prononcée à Longueuil, le 20 mars 2013)*. Longueuil : Chaire d'éthique appliquée.
- Lacroix, André. 2014a. « Quelle éthique, pour quelle organisation ? ». In *Cinq questions d'éthique organisationnelle*, sous la dir. Luc Bégin, p. 5-65. Québec : Éditions Nota Bene.
- Lacroix, André. 2014b. *Quand la philosophie doit s'appliquer*, sous la dir. d'André Lacroix, Paris : Hermann, 292 p.
- Lajoie, Andrée. 1997. *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*. Coll. « Les Voies du Droit », Paris : Les Presses Universitaires de France, 224 p.
- Lalonde, Louise. 2001. « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le «continuum» dans la pratique civile et commerciale de la médiation». *Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en médiation (2001)*, Cowansville : Éditions Yvon Blais, p. 73-89.
- Lalonde, Louise. 2002. « État de droit et modes privés de gestion des différends », In *Mondialisation et État de droit*, sous la dir. de Daniel Mockle, p. 291-318. Bruxelles : Bruylant.
- Lalonde, Louise. 2002-03. « La médiation, une approche « internormative » des différends? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, no 33, p. 99- 131.
- Lalonde, Louise. 2003a. « Les modes de PRD: vers une nouvelle conception de la justice ?». *Revue de prévention et de règlement des différends*, no 2 (1), p. 17-43.
- Lalonde, Louise. 2003b. « La médiation pénale et la justice réparatrice : à toutes fins que de droit?», In *Justice réparatrice et médiation pénale : convergences ou divergences*, sous la dir. de Mylène Jaccoud, p. 97-118. Paris : L'Harmattan.

- Lalonde, Louise. 2005. « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? ». In *Dire le droit : pour qui et à quel prix?* sous la dir. d'André Riendeau, p. 23-36. Montréal : Éditions Wilson & Lafleur.
- Lalonde, Louise. 2006. « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux – Réflexion sur le rapport, entre la Charte et le monde vécu ». *Revue du Barreau*. Numéro thématique hors série, p. 321-350.
- Lalonde, Louise. 2007a. «La médiation organisationnelle, enjeux, risques et pistes de solutions». *Revue de prévention et de règlement des différends*, no 5(2), p. 71-91.
- Lalonde, Louise. 2007b. «Valeurs de la justice négociée et processus de médiation». In *Le juge, gardien des valeurs*, sous la dir. de Vincente Fortier, p. 184-198. Paris : CNRS Éditions.
- Lalonde, Louise. 2009. «La médiation organisationnelle, un dispositif institutionnel de gouvernance?». In *Éthique et gouvernance : Les enjeux actuels d'une philosophie des normes*, sous la dir. de Marc Maesschalck, p. 207-221. Belgique, OLMS.
- Lalonde, Louise. 2011. « Les « lois éthiques », un défi pour le droit ». *Éthique publique*, no 13 (1), p. 117-135.
- Lalonde, Louise et Stéphane Bernatchez. 2011. « L'effectivité dans le monde vécu comme lieu d'émergence de la norme : la normativité, l'interprétation contextuelle et l'acceptation pratique ». In *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, sous la dir. de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, p. 9-32. Sherbrooke : Les Éditions Revue de Droit.
- Lafleur, Claude. 2013. « Barreau - «Rares sont les sociétés où on ose se regarder» ». Le Devoir, En ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/actualites-en-societe/389552/rares-sont-les-societes-ou-on-ose-se-regarder> [Consulté le 4 novembre 2013].
- Lafrance, Guy. 1991. « Le néo-libéralisme et les droits fondamentaux ». *Laval théologique et philosophique*, no 47(3), p. 357-365.
- Lajeunesse, Yvette et Lukas Sosoe. 1996. *Bioéthique & culture démocratique*. Montréal : L'Harmattan, 234 p.
- Lajoie, André. 1991. « Contributions à une théorie de l'émergence du droit. I- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions inter-reliées ». *Revue juridique Thémis*, no 25, p. 103-143.

- Lamarche, Lucie. 2006. « Pluralisme juridique, inter culturalisme et perspectives féministes du droit : des nouvelles du Québec ». In *Colloque Genre, inégalité et religion : Aspects de l'État de Droit et Démocratie*. Dakar : Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), Université Cheikh Anta Diop.
- Latreille, Antoine. 2012. « L'appropriation des connaissances scientifiques à l'ère numérique ». *Éthique publique*, no 14 (2), p. 101-124.
- Lavallée, Carmen. 1993. « À la frontière de l'éthique et du droit ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, no 24, p. 1-57.
- Lazega, Emmanuel. 2009. « Quatre siècles et demi de New (New) Law & Economics : du pragmatisme juridique dans le régime consulaire de contrôle social des marchés ». *Revue Française de Socio-Économie*, no 1 (3), p. 97-120.
- Lebel-Grenier, Sébastien. 2002. « Pour un pluralisme juridique radical ». Thèse de doctorat, Université McGill, Montréal : Bibliothèque nationale du Canada, 386 p.
- Legault, Georges-Auguste. 1977. *La structure performative du langage juridique*. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 522 p.
- Legault, Georges-Auguste. 1989. « La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada ». *Ethica*, no 1(1), p. 95-109.
- Legault, Georges-Auguste. 1997. « Les codes : une tension entre le droit et l'éthique ». In *Enjeux de l'éthique professionnelle, tome II, l'expérience québécoise*, sous la dir. de GA Legault, p. 38-72, Québec : Presse Universitaire de Québec.
- Legault, Georges-Auguste. 1999. *Professionalisme et délibération éthique*. Québec : Presse Universitaire de Québec, 306 p.
- Legault, Georges-Auguste. 2001a. *Les modes de règlement des différends : vers une autre Justice*. Coll. « *Essais et conférences* », 11. Sherbrooke : Université de Sherbrooke et GGC Éditions.
- Legault, Georges-Auguste. 2001b. « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée ». *Éthique publique*, no 2 (3), p. 69-79.
- Legault, Georges-Auguste. 2001c. *L'hypothèse de l'éthicisation du droit. Les modes de règlement des différends: vers une autre « justice »?* Coll. « *Essais et conférences* », Document 11, Sherbrooke : Éditions G.G.C.
- Legault, Georges-Auguste. 2002-2003. « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, no 33 (1-2), p. 279-300.

- Legault, Georges-Auguste. 2004a. « Les émotions, les valeurs et la médiation ». *Revue de prévention et de règlement des différends*, no 1 (2), p. 15-33.
- Legault, Georges-Auguste. 2004b. « L'émergence de l'éthique appliquée et les insuffisances du droit ». Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État, Québec, p. 279-300.
- Legault, Georges-Auguste. 2005. « Les enjeux éthiques de la conférence de règlement à l'amiable ». *Revue de prévention et de règlement des différends*, no 3(1), p. 1-24.
- Legault, Georges-Auguste. 2007. « L'éthique organisationnelle : intervention ou sensibilisation? ». In *L'intervention en éthique organisationnelle : théorie pratique*, sous la dir. de Y. Boisvert, p. 33-55. Montréal : Liber.
- Legault, Georges-Auguste. 2011a. « L'éthique appliquée, la médiation et l'insuffisance du droit : enjeux de gouvernance ». In *La place du droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, sous la dir. de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, p. 35-70. Sherbrooke : Les Éditions Revue de Droit.
- Legault, Georges-Auguste. 2011b. « L'éthique appliquée comme entreprise philosophique : dialogue avec Ricœur ». In *Redéployer la raison pratique : pour une éthique pragmatique*, sous la dir. d'André Lacroix, p. 35-70. Montréal : Liber.
- Le Moigne, Jean-Louis. 2007. *Les épistémologies constructivistes*. Coll. « Que sais-je ? ». Paris : Presses universitaires de France, 128p.
- Lenoble, Jacques. 2002-2003. « L'efficience de la gouvernance par le droit, pour une procéduralisation contextuelle du droit ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, no 33 (1-2), p. 13-68.
- Lenoble, Jacques. 2006. « Les exigences du tournant pragmatiste et la redéfinition du concept de droit ». *Les carnets du Centre de philosophie du droit*, no 126, 43 p.
- Lenoble, Jacques. 2007. « Au-delà du Juge: des Approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit ». *European Journal of Legal Studies*, no 1 (2), 67 p.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck. 2003. *Toward a Theory of Governance : The Action of Norms*, Kluwer Law International. Trad. franc. *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Les Éditions de la revue de droit, 2009, 452 p.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck. 2008. « Les insuffisances réflexives de l'apprentissage dialogique ». In *Mélanges Georges A. Legault. L'éthique appliquée, par-delà la philosophie, le droit, l'éducation*, sous la dir. de Louise Lalonde et al., p. 67-94. Sherbrooke : Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.

- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck. 2009. *L'action des normes : élément pour une théorie de la gouvernance*. Sherbrooke : Les éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 451 p.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck. 2011a. « Démocratie, droit et gouvernance ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 396 p.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck. 2011b. « Approche dialogique ou génétique de la gouvernance? À propos de la théorie de la délibération éthique de G. Legault ». In *La place de droit dans la nouvelle gouvernance étatique*, sous la dir. de Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, p. 75-97. Sherbrooke : Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.
- Lipietz, Alain. 1996. *La société en sablier. Le partage du travail contre la déchirure sociale*. Paris : La Découverte, 386 p.
- Lucas, Barbara. 2009. « La médiation pour promouvoir la santé : l'exemple de la maladie d'Alzheimer ». *Nouvelles pratiques sociales*, no 21 (2), p. 109-123.
- Macdonald, Roderick A. 1998. « Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism ». *Arizona Journal of International and Comparative Law*, no 15, p. 69-92.
- Macdonald, Roderick A. 2002-03. « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées ». *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, no 33, p. 135-152.
- Macdonald, Roderick A. 2002. *Le droit au quotidien*. Montréal : Presses universitaires McGill-Quenn's, 144 p.
- Maesschalck, Marc. 2008. « Dialogisme et hétéro-régulation. L'intervention éthique au risque de la réflexivité institutionnelle ». In *Mélanges Georges A. Legault. L'éthique appliquée, par-delà la philosophie, le droit, l'éducation*, sous la dir. de Louise Lalonde et al., p. 94-113. Sherbrooke : Les Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke.
- Malherbe, Jean-François. 2007. *Sujet de vie ou objet de soins ? Introduction à la pratique de l'éthique clinique*. Montréal : Éditions Fides, 471 p.
- Mandel, Michael. 1996. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal : Boréal, 383 p.
- Martuccelli, Danilo et François de Singly. 2009. *Les sociologies de l'individu*. Coll. « 128 », Paris : Armand Colin. 128 p.

- Massé, Raymond. 2002. « La flexibilité des critères dans la justification éthique des interventions : du principisme spécifié à un modèle centré sur les valeurs phares ». In *Éthique médicale, bioéthique et normativité*, sous la dir. de Hervé Christian, Bartha Maria Knoppers, Patrick A. Molinari et Grégoire Moutel, p. 105-120. Séminaire d'experts, Paris : Université René-Descartes (Paris V).
- Mayerhoff, Milton. 1971. *On Caring*. New York : Harper and Row, 63 p.
- Mesure, Sylvie et Patrick Savidan (dir.). 2006. *Dictionnaire des sciences humaines*. Coll. « *Quadrige/Dicos poche* », Paris : Presses Universitaires de France, 1328 p.
- Mekki, Mustapha. 2009. « Propos introductifs sur le droit souple ». In *Le droit souple, Journées nationales Tome XII*. Boulogne-sur-Mer : Dalloz, p. 1-23.
- Michaut, Françoise. 1987. « Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit ». *Revue internationale de droit comparé*, no 39 (2), p. 343-371.
- Michaut, Françoise. 2003. *La recherche d'un nouveau paradigme de la décision judiciaire à travers un siècle de doctrine américaine*. Paris : L'harmattan, 409 p.
- Million-Delsol, Chantal. 1993. *Le principe de subsidiarité*. Coll. « *Que sais-je* ». Paris : Presses Universitaires de France, 126 p.
- Mockle, Daniel. 2002. « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation ». *Les Cahiers de droit*. no 143, p. 143-211.
- Mockle, Daniel. 2007. *La gouvernance, le droit et l'État*. Bruxelles: Bruylant, 299 p.
- Mockle, Daniel. 2013. « La justice, l'efficacité et le droit ». *Les Cahiers de Droit*. no 54, p. 613-688.
- Moore, George. 1903. *Principia Ethica*. Oxford: Oxford university press. Trad. Franc. *Principia ethica*. Paris : Presses universitaires de France, 370 p.
- Moutouh, Huges. 2003. « Pluralisme juridique ». In *Dictionnaire de la culture juridique*. sous la dir. D. Alland et S. Rials, Paris : Presses universitaires de France, p. 1158-1162.
- Nadeau, Robert. 1998. « La philosophie des sciences. Coupure épistémologique ». In *La pensée philosophique d'expression française au Canada. Le rayonnement du Québec*, sous la dir. de Josianne Boulard-Ayoub et Richard Klibansky, p. 361-422. Québec : Presses de l'université Laval.
- Nadeau, Robert. 1999. *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*. Paris : Presses universitaires de France, 863 p.

- Noddings, Nel. 2005a. *The Challenge to Care in Schools : An Alternative Approach to Education*. 2nd ed. New-York : Columbia university teacher college press, 193 p.
- Noddings, Nel. 2005b. « Identifying and responding to needs in education ». *Cambridge Journal of education*, no 35(2), p. 147-159.
- Noreau, Pierre. 1998. « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution ». *Droit et société*, no 40, p. 585-612.
- Noreau, Pierre. 2000. « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire ». *Politique et Sociétés*, no 19 (2-3), p. 153-177.
- Noreau, Pierre et Samia Amor. 2004. « Médiation familiale : de l'expérience sociale à la pratique judiciarisée ». In *Famille en transformation, la vie après la séparation des parents*, Centre de recherche sur l'adaptation des jeunes et de la famille à risque (JEFAR) de l'Université Laval, Québec : Presses Universitaires de Laval, p. 269-297.
- Ogien, Ruwen et Christine Tappolet. 2008. *Les concepts de l'éthique. Faut-il être conséquentialiste ?* Paris : Hermann, 232 p.
- Oppetit, Bruno. 1999. *Philosophie du droit*. Paris : Dalloz, 156 p.
- Ossipow, William. 2002. « Éthique, droit et société. Une approche des sciences sociales ». In *Éthique et droit*, sous la dir. de François Dermange et Laurence Flachon, p. 45-61, Genève : Labor et Fidès.
- Otis, Louise. 2001. « La justice conciliationnelle: l'envers du lent droit ». *Éthique publique*, no 3 (2), p. 63-68.
- Otis, Louise. 2005. *La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire*. Montréal : Éditions Thémis, 8^e Conférence Albert-Mayrand, 28 p.
- Ost, François. 1996. « Le rôle du droit : de la vérité révélée à la réalité négociée ». In *Les administrations qui changent : Innovations techniques ou nouvelles logiques ?* sous la dir. de Gérard Timsit, Alain Claisse et Nicole Belloubet-Fier, p. 73-84, Paris : Presses universitaires de France.
- Ost, François et Michel Van de Kerchove. 1991. « Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit ? ». *Droit et société*, no (17-18), p. 173-205.
- Ost, François et Michel Van de Kerchove. 2002. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 596 p.

- Paperman, Patricia et Sandra Laugier. 2009. « L'éthique de la sollicitude ». *Sciences humaines*, no 117, En ligne : http://www.scienceshumaines.com/l-ethique-de-la-sollicitude_fr_15029.html [Consulté le 3 septembre 2013].
- Pavia, Marie-Luce. 1990. « Jurisprudence constitutionnelle : l'existence du pluralisme, fondement de la démocratie ». *La Revue administrative*, no 43 (256), p. 320-331.
- Pelisse, Jérôme. 2009. « Judicialisation ou juridicisation ? ». *Politix*, no 2 (86), p. 73-96.
- Perelman, Chaïm. 1976. *Droit, morale et philosophie*. Paris : Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 202 p.
- Perelman, Chaïm et al. 1984. *Les notions à contenu variable en droit*. Bruxelles : Bruylant, 378 p.
- Perelman, Chaïm. 1990. *Éthique et droit*. Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 825 p.
- Perrenoud, Philippe. 2004. « Adosser la pratique réflexive aux sciences sociales, condition de la professionnalisation ». In *Analyse de pratiques et attitude réflexive en formation*, sous la dir. de Jean-François Inisan, p. 11-32, Reims : CRDP de Champagne-Ardenne.
- Pfersmann, Otto. 2001. « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit ». *Revue internationale de droit comparé*, no 53 (2), p. 275-288.
- Popovici, Adrian. 2009. « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui rétrécit ». *Revue de droit de McGill*, no 54 (2), p. 223-236.
- Popper, Karl. 1973. *La logique de la découverte scientifique*. Paris : Payot, 480 p.
- Popper, Karl. 1984. *L'univers irrésolu. Plaidoyer pour l'indéterminisme*. Paris : Hermann, 159 p.
- Posner, Richard. 1972. *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown, 415 p.
- Raz, Joseph. 1998. « Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison » *Legal Theory*, no 4 (3), p. 249-282.
- Rawls, John. 2001. *Justice as Fairness : A Restatement*. Cambridge : Havard University Press, 214 p.
- Renaut, Alain. 2010. *Découvrir la philosophie*. Coll. « Poches », 5 tomes. Paris : Odile Jacob.
- Renaut, Alain et Lukas K. Sosoe. 1991. *Philosophie du droit*. Paris : Presses Universitaires de France, 539 p.

- Renaut, Alain et Lukas K. Sosoe. 1994. « Philosophie du droit : théorie transcendantale et non-naturaliste. — Réponse à François Blais ». *Philosophiques*, no 21 (1), p. 253-257.
- Renier, Samuel. 2013. « John Dewey et l'enquête de l'enseignant : de l'expérience sociale à la formation du jugement individuel ». *Éducation & didactique*, no 7 (1), En ligne : <http://educationdidactique.revues.org/1645> [Consulté le 12 janvier 2014]
- Reynaud, Jean Daniel. 1997. *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*. Coll. « U », Paris : A Colin, 2^e éd., 1993; 1^e éd., 1989, 314 p.
- Ricœur, Paul. 1991. *Lectures 1 : Autour du politique*. Paris : Éditions du Seuil, 420 p.
- Ricœur, Paul. 2004. « De la morale à l'éthique et aux éthiques ». In *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la dir. de Monique, p. 689-694. Paris : Presses universitaires de France.
- Ricœur, Paul. 1990. *Soi-même comme un autre*. Paris : Seuil, 424 p.
- Rigstad Mark. 2006. « The Grammars of Power': Between Contestation and Mediation ». *Journal of Social and Political Theory*, no 111, p. 108-141.
- Rocher, Guy. 1982. « Le droit et l'imaginaire social ». *Recherches sociographiques*, no 23 (1-2), p. 65-74.
- Rocher, Guy. 1988. « Pour une sociologie des ordres juridiques ». *Les Cahiers de droit*, no 29 (1), p. 91-120.
- Rocher, Guy. 1989. « La bioéthique comme processus de régulation sociale : le point de vue du Sociologue ». In *Bioéthique, Méthodes et fondements*, Cahiers scientifiques de l'ACFAS, no 66, p. 49-62, Montréal : Association canadienne pour l'avancement des sciences.
- Rocher, Guy. 1996. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*. Montréal : Éditions Thémis, 327 p.
- Rocher, Guy. 2001. « Le droit et la justice : un certain regard sociologique ». *Les Cahiers de droit*, no 42 (3), p. 873-882.
- Rondeau, Dany. 2008. « La relation des droits aux devoirs: approche interculturelle ». *Revue Aspects*, no 1, p. 141-168.
- Rosenson, Beth, A. 2005. *The Shadowlands Of Conduct: Ethics And State Politics*. Washington D. C. : Georgetown University Press, 256 p.
- Rosenson, Beth, A. 2006. « The Costs and Benefits of Ethics Laws ». *Research in Public Policy Analysis and Management*, no 14, p. 135-154.

- Ross, Alf. 1958. « Law and Justice ». Berkeley: University of California Press, 383 p.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1762. *Du contrat social ou Principe du droit politique*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963, 373 p.
- Rupp, Deborah E. et Chris M. Bell. 2010. « Extending the Deontic Model of Justice: Moral Self-Regulation in Third-Party Responses to Injustice ». *Business Ethics Quarterly*, no 20 (1), p. 89-106.
- Russ, Jacqueline. 1994. *La pensée éthique contemporaine*. Coll. « Que sais-je? », Paris : Presse universitaire de France, 127 p.
- Sandel, Michael J. 2010. *Justice: What's the Right Thing to Do ?* New York : Farrar, Straus and Giroux, 308 p.
- Simard, Jeanne et Marc-André Morency. 2011. « L'interprétation du droit par les juristes : la place de la délibération éthique ». *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum*, no 6 (2), p. 26-48.
- Scarpelli, Uberto. 1997. « Qu'est-ce que le positivisme juridique ? ». Coll. « La pensée juridique », Paris : Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, p. 31-67.
- Soulez Larivière, Daniel. 1990. *Les juges dans la balance*. Paris : Éditions du Seuil, 345 p.
- Sousa Santo, Boaventura. 1987. « Law : a Map to Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law ». *Journal of Law and Society*, no 14, p. 279-302.
- Strauss, Léo. 1953. *Droit naturel et histoire*. Paris : Flammarion, 1999, 323 p.
- Taylor, Charles. 1992. *Multiculturalisme : différence et démocratie*, trad. D. Armand Canal. Paris : Flammarion, 144 p.
- Terré, Dominique. 2007. *Les questions morales du droit*. Paris : Presses universitaires de France, 362 p.
- Terré, François. 2003. *Introduction générale au droit*. 6^e éd., Paris : Dalloz, 609 p.
- Teubner, Gunther. 1995. *Droit et réflexivité*. Amsterdam : Kluwer, 393 p.
- Thibierge, Catherine et al. 2009. *La force normative : naissance d'un concept*. Paris : Bruylant, 919 p.
- Thoenig Jean-Claude. 1998. « L'usage du concept de régulation ». *Revue droit et société*, no 24, p. 35-53.
- Toulmin, Stephen. 2001. *Return to Reason*. Cambridge : Cambridge University Press, 243 p.

- Tourbe, Maxime. 2010. « La conception du pouvoir judiciaire chez Woodrow Wilson. Le réalisme juridique à l'épreuve du gouvernement des juges ». *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, no 4, p. 1-91, En ligne : <http://www.juspoliticum.com/La-conception-du-pouvoir.html> [Consulté le 18 juin 2013].
- Tremblay, Luc. 1999. « Le droit a-t-il un sens ? Réflexions sur le scepticisme juridique ». *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, no 42, p. 13-49.
- Tremblay, Luc. 2012. « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle ». *Revue de droit McGill*, no 57 (3), p. 421-471.
- Tronto, Joan C., 2008. « Du care ». *Revue du MAUSS*, no 32 (2), p. 243-265.
- Troper, Michel. 2001. *La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris : Presses universitaires de France, 334 p.
- Troper, Michel. 2001-02. « Ross, Kelsen et la validité ». *Droit et société*, no 50 (1), p. 43-57.
- Troper, Michel. 2003. *La philosophie du droit*. Coll. « Que sais-je », Paris : Presses universitaires de France, 127 p.
- Troper, Michel. 2007. « Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel. », *Cahier du Conseil constitutionnel*, no 22, En ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-et-le-juge-constitutionnel.50707.html> [Consulté le 14 mai 2013].
- Troper, Michel. 2011. *Le droit et la nécessité*. Coll. « Léviathan ». Paris : Presses Universitaires de France, 294 p.
- Tzuriel, David et Adina Shamir. 2007. « The Effects of Peer Mediation with Young Children (PMYC) on Children's Cognitive Modifiability ». *British Journal of Educational Psychology*, no 77, p. 143-165.
- Veca, Salvatore. 1999. *Éthique et politique*. Paris : Presses universitaires de France, 234 p.
- Viala, Alexandre. 2010. *Philosophie du droit*. Paris : Ellipses, 240 p.
- Villa, Vittorio. 1990. *La science du droit*. Paris : Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 209 p.
- Vincenti, Luc. 2008. « Philosophie des normes chez Kant ». *Multitudes*, no 3 (34), p. 206-214.
- Vitali Rosati, Marcello. 2012. « Une éthique appliquée ? Considérations pour une éthique du numérique ». *Éthique publique*, no 14 (2), p. 13- 32.

Weber, Max. 1918. *Essais sur la théorie de la science*. Paris : Plon, 168 p.

Weinstock, Daniel. 2002. « Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine ». In *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, sous la dir. de Lukas K. Sosoe, p. 67-82. Québec : Les Presses de l'Université Laval.

Williams, Bernard. 1990. *L'éthique et les limites de la philosophie*. Paris : Gallimard, 243 p.

Zask, Joëlle. 2004. « L'enquête sociale comme inter-objectivation ». *Raisons pratiques*, no 15, p. 1-18.

ANNEXE

Tableau de la grille d'analyse de l'éthicisation du droit

1. Exigence d'adhérer à une norme juridique au nom de certains principes				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
2. Caractère prescriptif de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
3. Caractère coercitif et punitif de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
4. Possibilité de mener une réflexion de manière autonome accordée aux destinataires de la norme juridique				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
5. Mode de gouvernance fondé sur l'influence plutôt que le contrôle				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement
6. Possibilité de définir ou redéfinir les pratiques				
Pas du tout	Peu	Moyennement	Beaucoup	Considérablement